

A-967-91

A-967-91

Mark Donald Benner (*Appellant*) (*Applicant*)Mark Donald Benner (*appelant*) (*requérant*)

v.

c.

The Secretary of State of Canada and the Registrar of Citizenship (*Respondents*)
(*Respondents*)

Le secrétaire d'État du Canada et le greffier de la citoyenneté (*intimés*) (*intimés*)

INDEXED AS: BENNER v. CANADA (SECRETARY OF STATE)
(*C.A.*)

RÉPERTORIÉ: BENNER c. CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT)
(*C.A.*)

Court of Appeal, Marceau, Linden and Létourneau
J.J.A.—Vancouver, June 10; Ottawa, June 30, 1993.

Cour d'appel, juges Marceau, Linden et Létourneau,
J.C.A.—Vancouver, 10 juin; Ottawa, 30 juin 1993.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Appeal from denial of citizenship — Appellant born in 1962 in U.S.A. to Canadian mother married to American father — 1947 Citizenship Act providing person born abroad to Canadian father natural-born Canadian, but not if born to Canadian mother, unless unmarried — 1977 Act providing those born abroad before coming into force of 1977 Act to Canadian fathers remaining automatically entitled to Canadian citizenship, but those claiming citizenship through Canadian mothers married to foreigners required to apply for citizenship, subject to extra procedures — Appellant failing criminal record check — Whether distinctions between maternal and paternal lineage claimants discrimination based on sex, contrary to Charter, s. 15 — Whether alleged discrimination arising at time of birth under 1947 Act or upon 1989 application for citizenship under current Act — If legislation discriminatory, whether saved by Charter s. 1 — Retroactive, retrospective application of Citizenship Act, Charter.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Appel contre le rejet de la demande de citoyenneté — L'appelant est né en 1962 aux États-Unis du mariage de sa mère canadienne et de son père américain — La Loi sur la citoyenneté de 1947 prévoyait qu'était citoyen canadien de naissance quiconque était né hors du Canada d'un père canadien, mais non d'une mère canadienne à moins qu'elle ne fût célibataire — La Loi de 1977 prévoit que l'individu né à l'étranger avant 1977 de père canadien est citoyen canadien de droit, et que l'individu né à l'étranger du mariage de sa mère canadienne et de son père non canadien a maintenant le droit de demander la citoyenneté mais est tenu à certaines formalités supplémentaires — L'appelant a un mauvais casier judiciaire — La distinction entre demandeurs se réclamant de leur filiation paternelle et demandeurs se réclamant de leur filiation maternelle vaut-elle discrimination sexuelle interdite par l'art. 15 de la Charte? — La soi-disant discrimination s'est-elle produite au moment de la naissance, sous l'empire de la Loi de 1947, ou au moment de la demande de citoyenneté, faite en 1989 sous le régime de la loi actuelle? — Au cas où le texte de loi serait discriminatoire, peut-il se justifier au regard de l'article premier de la Charte? — Application rétroactive ou retrospective de la Loi sur la citoyenneté et de la Charte.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Appeal from denial of citizenship — Appellant born in 1962 in U.S.A. to Canadian mother married to American father — 1947 Citizenship Act providing person born abroad to Canadian father natural-born Canadian, but not if born to Canadian mother unless unmarried — 1977 Act providing those born abroad before coming into force of 1977 Act to Canadian fathers remaining automatically entitled to Canadian citizenship, but those claiming citizenship through Canadian mothers married to foreigners required to apply for citizenship, subject to extra procedures — Appellant failing criminal record check — Whether Charter, s. 15 applied — Whether 1947 or 1977 Act cause of alleged discrimination — Whether treatment in 1989 under current Act or birth in 1962 relevant event giving rise to alleged discrimination — Whether distinctions between maternal and paternal lineage citizenship claimants discrimination based on sex.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Appel contre le rejet de la demande de citoyenneté — L'appelant est né en 1962 aux États-Unis du mariage de sa mère canadienne et de son père américain — La Loi sur la citoyenneté de 1947 prévoyait qu'était citoyen canadien de naissance quiconque était né hors du Canada d'un père canadien, mais non d'une mère canadienne à moins qu'elle ne fût célibataire — La Loi de 1977 prévoit que l'individu né à l'étranger avant 1977 de père canadien est citoyen canadien de droit, et que l'individu né à l'étranger du mariage de sa mère canadienne et de son père non canadien a maintenant le droit de demander la citoyenneté mais est tenu à certaines formalités supplémentaires — L'appelant a un mauvais casier judiciaire — L'art. 15 de la Charte s'applique-il? — La soi-disant discrimination découle-t-elle de la Loi de 1947 ou de celle de 1977? — L'événement déterminant de la soi-disant discrimination était-il le traitement accordé à l'appelant en 1989 sous le régime de la loi actuelle ou sa naissance en

Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — If 1977 Citizenship Act discriminating between maternal and paternal lineage claimants based on sex because only former subject to oath requirements, criminal record check, whether saved by Charter, s. 1 — Whether objectives of application process for maternal lineage claimants (to establish allegiance to Canada, ensure security of nation, safety of people) sufficiently important to warrant overriding constitutionally protected right — Whether requirements of three-part proportionality test met.

Construction of statutes — Retroactivity, retrospectivity — 1947 Citizenship Act conferring automatic citizenship on children born abroad to Canadian fathers, but not on those born to Canadian mothers, unless unmarried — 1977 Act continuing automatic citizenship for paternal lineage claimants, but maternal lineage claimants subject to extra procedures i.e. criminal record check, oath of allegiance — Appellant, born in U.S.A. in 1962, to Canadian mother married to American father applying for Canadian citizenship — Application denied in 1989 because failed criminal record check — Whether treatment under current Act in 1989 or birth in 1962 relevant event giving rise to alleged discrimination i.e. whether 1947 or 1977 Act cause of alleged discrimination — If former, involving retroactive application of Charter — Charter not applying retroactively, retrospectively — Whether constitutional challenge to 1977 Act involving retroactive application of Charter — Legislation conferring citizenship on maternal lineage claimants, or subjecting paternal lineage claimants to same procedures as maternal lineage claimants retroactive as changing legal effect of event taking place before enactment.

This was an appeal from the trial judgment dismissing an appeal from the denial of the appellant's application for Canadian citizenship. He is an American citizen, born in the U.S.A. in 1962 to a Canadian mother who was married to his American father. Between 1947 and 1977 the *Canadian Citizenship Act* provided that a person born outside Canada to a father who was a Canadian citizen would be a natural-born Canadian, but not if he was born to a Canadian mother, unless she was unmarried. In 1977 the *Citizenship Act* was amended. Individuals born outside of Canada prior to 1977 whose fathers were Canadian citizens remained automatically entitled to Canadian citizenship upon registering their birth. Any person born outside Canada before the coming into force of the Act to a

1962? — La distinction entre demandeurs se réclamant de leur filiation paternelle et demandeurs se réclamant de leur filiation maternelle vaut-elle discrimination sexuelle interdite par l'art. 15 de la Charte.

a *Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Au cas où la Loi sur la citoyenneté de 1977 opérerait discrimination sexuelle entre demandeurs de filiation maternelle et demandeurs de filiation paternelle du fait que seuls les premiers sont tenus à l'obligation du serment de citoyenneté et de l'enquête sur le casier judiciaire, il échet d'examiner si elle peut se justifier au regard de l'art. 1 de la Charte — Les objectifs visés par les formalités de demande imposées aux demandeurs de filiation maternelle (s'assurer de l'allégeance envers le Canada, garantir la sécurité de la nation et de son peuple) sont-ils suffisamment importants pour justifier la dérogation à un droit protégé par la constitution — La triple condition du critère de proportionnalité a-t-elle été remplie?*

b *Interprétation des lois — Rétroactivité, rétrospectivité — La Loi sur la citoyenneté de 1947 prévoyait qu'était citoyen canadien de naissance quiconque était né hors du Canada d'un père canadien, mais non d'une mère canadienne à moins qu'elle ne fût célibataire — La Loi de 1977 maintient la citoyenneté de droit pour les demandeurs se réclamant de leur filiation paternelle, mais les demandeurs de filiation maternelle sont tenus à certaines formalités supplémentaires, savoir l'enquête sur le casier judiciaire et la prestation du serment de citoyenneté — L'appellant, né aux États-Unis en 1962, du mariage de sa mère canadienne et de son père américain, a demandé la citoyenneté canadienne — Sa demande a été rejetée en 1989 du fait de son casier judiciaire — Il échet d'examiner si le traitement accordé à l'appellant en 1989 sous le régime de la Loi actuelle ou sa naissance en 1962 était l'événement déterminant de la soi-disant discrimination, c'est-à-dire si la soi-disant discrimination découle de la Loi de 1947 ou de celle de 1977 — Dans le premier cas, il y aurait application rétroactive de la Charte — Il n'y a pas en l'espèce application rétroactive ou rétrospective de la Charte — Une contestation de la constitutionnalité de la Loi de 1977 met-elle en jeu l'application rétroactive de la Charte? — Un texte de loi accordant la citoyenneté aux demandeurs se réclamant de leur filiation maternelle, ou soumettant les demandeurs de filiation paternelle aux mêmes formalités que les premiers, serait rétroactif parce qu'il changerait l'effet juridique d'un événement ayant eu lieu avant son adoption.*

c *Appel contre le jugement de première instance qui a débouté l'appellant de son recours contre le rejet de sa demande de citoyenneté. L'appellant est citoyen américain, né aux États-Unis en 1962 du mariage de sa mère canadienne et de son père américain. De 1947 à 1977, la Loi sur la citoyenneté prévoyait qu'était citoyen canadien de naissance quiconque était né hors du Canada d'un père canadien, mais non d'une mère canadienne à moins qu'elle ne fût célibataire. Par suite de la modification en 1977 de la même Loi, les individus nés à l'étranger avant 1977 de pères canadiens étaient citoyens canadiens de droit après la déclaration de leur naissance. Quiconque était né à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi, du mariage de sa mère canadienne et de son père non canadien,*

Canadian mother married to a non-Canadian father was permitted to apply for citizenship, but extra procedures, including swearing or affirming an oath of citizenship and passing a criminal background check, were required. In addition, the requirements of the *Citizenship Regulations* had to be satisfied. In 1987 the appellant applied for Canadian citizenship. His application was rejected in 1989 because he failed the criminal clearance procedure under the Act, section 22. On appeal to the Trial Division, the appellant argued that *Citizenship Act*, paragraphs 3(1)(e), 5(2)(b) and section 22 and *Citizenship Regulations*, section 20 were discriminatory contrary to Charter, section 15. The Trial Judge held that the Charter did not apply retrospectively and section 15 did not have effect until April 17, 1985. Although a continuing discriminatory practice would not involve retrospective application of the Charter, there was no continuing discriminatory practice as it had been rectified as of February 15, 1977.

The appellant argued that the Act and Regulations discriminated based on sex in that children born abroad of married Canadian mothers are treated less favourably than children born abroad of married Canadian fathers with regard to their entitlement to automatic citizenship by birth.

The issues were whether the distinctions between maternal and paternal lineage applicants constituted discrimination contrary to Charter, section 15; and if so, whether that discrimination was justified under Charter, section 1.

Held (Linden J.A. concurring in the result), the appeal should be dismissed.

Per Marceau J.A.: There was no discrimination based on sex in the 1947 legislation not conferring on children born abroad to Canadian mothers married to foreigners the same entitlement to automatic citizenship by birth that it conferred on children born to Canadian fathers. The 1947 provisions were based on contemporary attitudes—resulting from long-standing stereotyping of women—as to the organization of society, the effects of marriage and the family unit. That the child born abroad in wedlock acquired his father's citizenship was not directly linked to any prejudice regarding the sex of the parents and had nothing to do with the sex of the child.

The 1977 Act did not discriminate based on sex. A child born abroad to a Canadian mother married to his non-Canadian father was required to seek and be granted citizenship due solely to the fact that he was not then a Canadian citizen by birth under the Act in force at the moment of his birth.

Legislation automatically conferring Canadian citizenship on a child previously born abroad to a Canadian mother and non-Canadian father, would have been retroactive since it would have changed the legal effect of an event that took place before its enactment. Non-acquisition of Canadian citizenship by birth is a legal status definitively and finally settled pursu-

avait maintenant le droit de demander la citoyenneté mais était tenu à certaines formalités supplémentaires, comme la prestation du serment de citoyenneté et l'enquête sur le casier judiciaire. En outre, il doit satisfaire aux conditions prévues par le *Règlement sur la citoyenneté*. En 1987, l'appellant a demandé la citoyenneté canadienne, mais sa demande a été rejetée en 1989 du fait de son casier judiciaire, et ce, en application de l'article 22 de la Loi. En appel devant la Section de première instance, l'appellant soutenait que les alinéas 3(1)e), 5(2)b) et l'article 22 de la *Loi sur la citoyenneté* ainsi que l'article 20 du *Règlement sur la citoyenneté* opéraient discrimination interdite par l'article 15 de la Charte. Le juge de première instance a jugé que la Charte ne s'appliquait pas rétrospectivement et que son article 15 n'avait pas effet avant le 17 avril 1985. Bien qu'une pratique discriminatoire continue n'implique pas l'application rétrospective de la Charte, il n'y avait pas en l'espèce pratique discriminatoire continue puisque la pratique a été rectifiée à partir du 15 février 1977.

L'appellant soutient que la Loi et le Règlement opéraient discrimination sexuelle en ce que les enfants nés à l'étranger du mariage de leur mère sont, pour ce qui est de la citoyenneté de naissance, défavorisés par rapport aux enfants nés à l'étranger du mariage de leur père canadien.

Il échet d'examiner si la distinction entre demandeurs se réclamant de leur filiation maternelle et demandeurs se réclamant de leur filiation paternelle vaut discrimination interdite par l'article 15 de la Charte et, dans l'affirmative, si cette justification peut se justifier au regard de l'article premier de la Charte.

Arrêt (le juge Linden, J.C.A. prononçant des motifs concordants quant au résultat): l'appel doit être rejeté.

Le juge Marceau, J.C.A.: Les enfants nés à l'étranger du mariage de leur mère canadienne avec un étranger n'étaient pas victimes de discrimination sexuelle du fait que la loi de 1947 ne leur attribuait pas de plein droit la citoyenneté à raison de la naissance, qu'elle prévoyait pour les enfants nés de pères canadiens. Les dispositions de 1947 étaient fondées sur les vœux—résultant de la traditionnelle conception stéréotypée de la place de la femme—qui avaient cours à l'époque sur l'organisation de la société, les effets du mariage et la conception de la cellule familiale. La règle selon laquelle l'enfant légitime né à l'étranger acquérait la nationalité du père n'était directement liée à aucun préjugé relatif au sexe des parents et n'avait rien à voir avec le sexe de l'enfant.

La Loi de 1977 n'opérait pas discrimination sexuelle. Si l'enfant né à l'étranger du mariage d'une mère canadienne et d'un père non canadien, qui voulait acquérir la citoyenneté devait en faire la demande, cet état de choses tenait à ce qu'il n'était pas citoyen de naissance au regard de la Loi en vigueur au moment de sa naissance.

Une loi accordant la citoyenneté canadienne de plein droit à l'enfant né auparavant à l'étranger d'une mère canadienne et d'un père non canadien, aurait été rétroactive car elle aurait changé l'effet juridique d'un fait qui avait eu lieu avant son adoption. La non-acquisition de la citoyenneté canadienne de naissance est un statut juridique définitivement et irrévocable-

ant to the existing law at the moment of birth. The appellant alleged that he did not seek retroactive application of the Charter since his claim is not based on the 1947 Act, but exclusively on the treatment he received in 1989 under the current Act. It is not the moment when a claimant has been actually affected by the provisions of an Act that is relevant in determining whether he is seeking a retroactive application of the Charter. It is whether the contended discrimination would flow from the provisions themselves i.e. from the previously acquired legal situation that those provisions acted upon. The Charter does not apply retroactively. The impugned provisions applied to maternal offspring because they were not citizens by birth.

Per Linden J.A. (concurring in the result): The appellant's treatment in 1989 under the current *Citizenship Act* and the status of the 1977 Act, not the 1947 Act, were the subject of this appeal.

This was not a case of retrospective operation of the Charter. While his citizenship was originally determined when he was born, the appellant was not seeking to have his citizenship changed retroactive to that date. The relevant event was the rejection of the appellant's citizenship application in 1989 when his right to equality allegedly crystallized and was allegedly violated. The current *Citizenship Act* came into force on February 15, 1977, was in force in 1985 when section 15 of the Charter came into effect, and remains in force. The 1977 *Citizenship Act* was therefore subject to Charter scrutiny and is the Act that is challenged. Assessing the validity of the provisions of an existing statute does not involve retrospective application of section 15, particularly where the legislation is challenged as a result of treatment under that statute after the coming into force of section 15.

The *Citizenship Act* draws a distinction which denies equality under the law and equal benefit of the law to maternal lineage applicants. Although the different treatment for citizenship purposes based on whether an individual was claiming through his mother or father was eliminated as to the future under the 1977 *Citizenship Act*, the new regime established thereunder for those born prior to 1977 continued that distinction.

While the *Citizenship Act* differentiates in its treatment of claimants based on the sex of the claimant's parent, it does not draw a distinction based on the sex of the claimant. The discrimination against the mother is unfairly visited upon the child. This is not a case of one individual asserting the Charter rights of another. It is a case of an individual claiming to be discriminated against as a result of his association with a member of a group—women—subject to discrimination. Discrimination resulting from association is no more tolerable than direct discrimination.

For those born prior to 1977, the double standard that has been established in the 1977 *Citizenship Act* is discriminatory.

ment fixé par la loi en vigueur au moment de la naissance. L'appelant soutient qu'il ne demande pas l'application rétroactive de la Charte, puisque son action ne porte pas sur la Loi de 1947, mais exclusivement sur le traitement qu'il a reçu en 1989 sous le régime de la Loi actuellement en vigueur. Ce n'est pas le moment où le demandeur est effectivement touché par les dispositions d'une loi qu'il faut prendre en considération pour décider s'il demande ou non l'application rétroactive de la Charte; il s'agit plutôt de savoir si la discrimination supposée découle de ces dispositions elles-mêmes ou du statut juridique antérieur qui en fait l'objet. La Charte ne s'applique pas rétroactivement. Les dispositions contestées ont été étendues aux enfants nés de mères canadiennes parce qu'ils ne sont pas citoyens canadiens de naissance.

Le juge Linden, J.C.A. (motifs concordants quant au résultat): Ce sont le traitement dont il faisait l'objet en 1989 sous le régime de l'actuelle *Loi sur la citoyenneté* et le statut de la Loi de 1977 qui sont visés dans cet appel, non pas la Loi de 1947.

Il ne s'agit pas d'une application rétroactive de la Charte. Certes la nationalité d'origine de l'appelant fut déterminée à sa naissance, mais il ne revendique pas la citoyenneté rétroactivement à cette date. L'événement déterminant doit être au contraire le rejet en 1989 de sa demande de citoyenneté; c'est à ce moment-là que son droit à l'égalité se serait cristallisé et aurait été violé. L'actuelle *Loi sur la citoyenneté* est entrée en vigueur le 15 février 1977; elle s'appliquait en 1985 au moment de l'entrée en vigueur de l'article 15 de la Charte, et elle s'applique à l'heure actuelle. Elle se prête donc en l'espèce à l'analyse au regard de la Charte, et c'est elle que l'appelant conteste. Juger la validité des dispositions d'une loi en vigueur ne signifie pas application rétroactive de l'article 15; cela est d'autant plus vrai dans les cas où la validité de la loi est remise en question par quelqu'un qui se plaint du traitement dont il fait l'objet sous son régime après l'entrée en vigueur de l'article 15.

La *Loi sur la citoyenneté* fait une distinction qui prive les demandeurs de filiation maternelle de l'égalité dans la loi et du même bénéfice de la loi. Bien que la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 ait éliminé pour l'avenir la différence de traitement en matière de citoyenneté, entre la filiation maternelle et la filiation paternelle, le nouveau régime qu'elle établit à l'égard des personnes nées avant 1977 maintient cette distinction.

Si la *Loi sur la citoyenneté* prévoit un traitement différent pour les demandeurs selon qu'ils se réclament de leur filiation paternelle ou de leur filiation maternelle, elle ne fait pas une distinction fondée sur leur sexe. La discrimination contre la mère est injustement portée sur l'enfant. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où un individu essaie de faire valoir les droits garantis par la Charte pour quelqu'un d'autre. Cette action a été intentée par un individu qui se dit personnellement victime de discrimination par suite de son association avec un membre d'un groupe—celui des femmes—victime de discrimination. La discrimination par association n'est pas moins intolérable que la discrimination directe.

À l'égard des personnes nées avant 1977, la norme différenciatrice instaurée par la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 est dis-

In contrast to men, women who are Canadian citizens are not afforded the same opportunity to pass on their citizenship to their children born outside Canada. This distinction is the result of stereotyping and prejudice against women. Remnants of the discriminatory treatment of women have been continued in the new Act in the form of a separate and more onerous path for acquiring citizenship.

The legislation was, however, saved by Charter, section 1. The limit on Charter, section 15 rights was reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. (1) The respondents had established that the objective which the limitation was designed to promote was "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom". At a minimum, an objective must be "pressing and substantial" to qualify as sufficiently important. The objectives of the various stages in the application process for those relying on maternal lineage were to establish a commitment or allegiance to Canada and ensure the security of the nation and the safety of its people. They were pressing and substantial. (2) The respondents also satisfied the three-part proportionality test. (i) The measure limiting the Charter right was rationally connected to the intended objective. Swearing an oath is an appropriate way to determine an individual's allegiance to this country. It is therefore rationally connected to the objective of establishing an individual's allegiance to Canada. Similarly, the provisions precluding citizenship while charged with or on trial for an indictable offence, or if convicted of an indictable offence during the three years preceding an application for citizenship, is rationally connected to the objective of ensuring the security of the nation and the safety of its people. (ii) The second component of the proportionality test, i.e. that the limiting measures impair the Charter as little as possible, has been modified where the rights of different groups come in conflict and must be mediated. It depends on whether Parliament could "reasonably have chosen an alternative means which would have achieved the identified objective as effectively". Since the existing citizenship rights of paternal lineage claimants conflicted with the equality rights of maternal lineage applicants, the modified standard of review was attracted. Although a scheme that subjects maternal and paternal lineage claimants to the same requirements would be superior as regards equality, that alternative was not reasonably available to Parliament. Paternal lineage claimants were entitled to register their citizenship under the 1947 Citizenship Act. To subject them to the same oath and criminal clearance requirements as maternal lineage claimants, Parliament would have had to derogate from their existing rights. To avoid that injustice, the government exempted paternal lineage claimants from those requirements. The balance chosen remedied the inequity to Canadian women and their children born outside the country resulting from the 1947 Citizenship Act without undercutting the existing rights of paternal lineage applicants. Parliament could not have chosen an alternative means which would have impaired the right in question less, but which would have achieved the identified objective as effectively. (iii) The effects of the measures were proportional to the significance of the objective to be achieved. Not providing the exemption accorded paternal lineage appli-

criminoire. À l'opposé des hommes, les femmes qui sont citoyennes canadiennes ne jouissent pas du même droit de transmettre leur nationalité à leurs enfants nés à l'étranger. Cette distinction est le fruit des préjugés et des stéréotypes entretenus contre les femmes. Des vestiges du traitement discriminatoire réservé aux femmes se retrouvent dans la Loi actuelle, sous la forme d'un processus, distinct et plus rigoureux, de revendication de la citoyenneté.

Le texte de loi contesté peut cependant se justifier au regard de l'article premier de la Charte. La restriction des droits garantis par l'article 15 de la Charte est en l'espèce raisonnable et peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. (1) Les intimés ont prouvé que l'objectif visé par la restriction est «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution». Au minimum, un objectif doit se rapporter à des préoccupations «urgentes et réelles» pour être considéré comme suffisamment important. Les objectifs visés par les différents stades du processus de demande à suivre par ceux qui se réclament de leur filiation maternelle visent à assurer l'engagement ou l'allégeance envers le Canada et à garantir la sécurité de la nation et de son peuple. Ils sont donc urgents et réels. (2) Les intimés ont aussi satisfait au critère de proportionnalité qui comporte trois volets. (i) La mesure portant restriction du droit garanti par la Charte présente un lien rationnel avec l'objectif visé. La prestation du serment est un moyen légitime de s'assurer de l'allégeance de l'intéressé envers ce pays. Elle présente donc un lien rationnel avec l'objectif qui est de fixer l'allégeance de l'individu envers le Canada. De même, l'interdiction d'accorder la citoyenneté à quiconque est inculpé ou a été déclaré coupable d'un acte criminel pendant l'instruction de sa demande ou au cours des trois années qui la précèdent, présente un lien rationnel avec l'objectif qui est d'assurer la sécurité de la nation et de son peuple. (ii) Le deuxième volet du critère de proportionnalité, savoir que les mesures restrictives portent atteinte le moins possible à la Charte, a été modifié dans son application aux cas où les droits de différents groupes entrent en conflit et doivent être conciliés. Cette condition dépend de la question de savoir si le législateur «aurait pu raisonnablement choisir un autre moyen qui aurait permis d'atteindre de façon aussi efficace l'objectif identifié». Il y a un conflit entre le droit à la citoyenneté des demandeurs se réclamant de leur filiation paternelle et les droits à l'égalité des demandeurs se réclamant de leur filiation maternelle, ce qui appelle l'application de la norme modifiée d'examen. Un régime qui prévoit les mêmes conditions pour les uns et les autres serait nettement supérieur du point de vue de l'égalité, mais le législateur n'avait pas raisonnablement cet autre moyen à sa disposition. Les demandeurs se réclamant de leur filiation paternelle avaient le droit de faire enregistrer leur citoyenneté sous le régime de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947. Pour leur imposer la même obligation du serment de citoyenneté et la même enquête sur le casier judiciaire que pour les demandeurs se réclamant de leur filiation maternelle, le législateur aurait eu à déroger à leurs droits existants. Afin d'éviter cette injustice, le gouvernement a exempté de ces obligations les demandeurs se réclamant de leur filiation paternelle. La solution choisie remédie à l'injustice faite aux femmes canadiennes et à leurs

cants born prior to 1977 to maternal lineage claimants born prior to 1977 was not a significant incursion into the equality rights of the latter, but it allowed the government to pursue the pressing and substantial objectives of the relevant provisions of the *Citizenship Act*.

Per Létourneau J.A.: The Charter did not apply. The cause of the alleged discrimination was the 1947 Citizenship Act. A Charter challenge to the 1947 Act would have involved retrospective application of the Charter to a prior legislation on account of a prior event. Section 15 should not be applied retrospectively. Although the 1977 *Citizenship Act* was clearly meant to have a retrospective application, the Charter, section 15 was not. It did not come into force until three years after the other provisions of the Charter so as to allow the legislatures time to effect any legislative changes needed to satisfy the constitutional guarantees provided by section 15.

The 1977 Act was enacted prior to the Charter and related to an event which took place prior to the Charter. A constitutional attack on that Act would have had to have been based on the argument that the 1977 Act was discriminatory because it did not eliminate the discrimination which occurred in 1962 because of the 1947 Citizenship Act and that would involve a retrospective or retroactive application of the Charter. The appellant was reading the 1977 Act as if the provision of the 1947 Act which created the differential treatment had never existed at all. This is retroactivity.

For section 15 to apply there must be an actual or an ongoing discrimination which deprives one of equal protection and benefit of the law. The discriminatory legislation was repealed in 1977 and the discriminatory practice ceased as the 1977 Act eliminated for the future the source of discrimination. For those like the appellant who were governed by the 1947 Act, the discrimination crystallized on the date of their birth in a foreign country when they acquired a foreign nationality and the then Canadian Citizenship Act did not give them the right to acquire Canadian citizenship.

The treatment of the appellant under the 1977 Act was not discriminatory. Canadian women were subjected to a different treatment under the old law more on the basis of marital status than on sex. This differential treatment no longer exists for children born abroad after February 14, 1977 to either a Canadian father or mother. Because conferring Canadian citizenship on persons born outside of Canada prior to 1977 to married Canadian mothers would have national and international impli-

enfants nés à l'étranger par la *Loi sur la citoyenneté* de 1947, sans pour autant porter atteinte aux droits existants des demandeurs qui se réclament de leur filiation paternelle. Le législateur n'aurait pu raisonnablement choisir un autre moyen qui aurait porté moins atteinte au droit en question et qui aurait permis d'atteindre l'objectif identifié de façon tout aussi efficace. (iii) Les effets des mesures prises étaient proportionnels à l'importance de l'objectif visé. Ne pas accorder aux personnes nées avant 1977 de mère canadienne l'exception applicable aux demandeurs qui se réclament de leur filiation paternelle, ne revient pas à porter gravement atteinte à leurs droits à l'égalité, mais permet au gouvernement de poursuivre les objectifs urgents et réels des dispositions applicables de la *Loi sur la citoyenneté*.

Le juge Létourneau, J.C.A.: La Charte ne s'applique pas en l'espèce. La soi-disant discrimination découle de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947. Une contestation, fondée sur la Charte, de la Loi de 1947 doit poser pour postulat l'application rétroactive de la Charte à une loi antérieure en raison d'un fait antérieur. Il ne faut pas appliquer rétroactivement l'article 15. S'il est indéniable que la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 était destinée à s'appliquer rétrospectivement, il est évident que l'article 15 de la Charte n'est pas rétrospectif. Il n'est entré en vigueur que trois ans après que les diverses législatures eurent le temps d'apporter les modifications nécessaires à leurs lois respectives pour les rendre conformes aux garanties constitutionnelles qu'il prévoit.

La Loi de 1977 est antérieure à la Charte et vise un fait ayant eu lieu avant cette dernière. Pour en contester la constitutionnalité, l'appelant aurait eu à démontrer que la Loi de 1977 est discriminatoire parce qu'elle n'élimine pas la discrimination qui avait cours en 1962 à cause de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947, ce qui nécessiterait une application rétrospective ou rétroactive de la Charte. L'appelant demande que la Loi de 1977 s'applique comme si la disposition de la Loi de 1947 qui prévoyait la différence de traitement n'avait jamais existé. Voilà bien une conclusion rétrospective.

Pour que l'article 15 s'applique, il faut qu'il y ait un acte discriminatoire actuel ou en cours, qui prive l'intéressé de la protection et du bénéfice de la loi, dont jouissent les autres. Le texte de loi discriminatoire a été abrogé en 1977 et la pratique discriminatoire a pris fin puisque la Loi de 1977 a éliminé depuis cette date la source de discrimination. Pour ceux qui, à l'instar de l'appelant, étaient soumis au régime de la Loi de 1947, la discrimination s'est cristallisée à la date de leur naissance dans un pays étranger, date à laquelle ils acquièrent la nationalité étrangère puisque la *Loi sur la citoyenneté* en vigueur à l'époque au Canada ne leur donnait pas le droit d'acquérir la citoyenneté canadienne.

Le traitement réservé à l'appelant sous le régime de la Loi de 1977 n'est pas discriminatoire. C'est plus en raison de leur état matrimonial que de leur sexe que les femmes canadiennes faisaient l'objet d'un traitement différent sous l'empire de l'ancienne loi. Cette différence de traitement n'existe plus à l'égard de l'enfant né à l'étranger après le 14 février 1977, et dont soit le père soit la mère est Canadien. Conscient des répercussions nationales et internationales de l'octroi de la

cations, Parliament made it optional for those aliens to acquire Canadian citizenship and imposed minimal conditions.

The section 22 prohibition against granting citizenship to criminals applied only to aliens. The appellant was an alien and caught by section 22.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Citizenship Act, R.S.C. 1952, c. 33, s. 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 15.
Citizenship Act, S.C. 1974-75-76, c. 108 (now R.S.C., 1985, c. C-29), ss. 3, 5, 12, 19, 20, 22 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 11).
Citizenship Regulations, C.R.C., c. 400, s. 20.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 146.
Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 12.
Immigration Act, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 27, 43, 44.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 41, 42.
The Canadian Citizenship Act, S.C. 1946, c. 15, s. 5 (later *Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1970, c. C-19), s. 5.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

R. v. Gamble, [1988] 2 S.C.R. 595; (1988), 31 O.A.C. 81; 45 C.C.C. (3d) 204; 66 C.R. (3d) 193; 89 N.R. 161; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271; (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; [1976] CTC 1; 75 DTC 5451; 7 N.R. 401; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; (1985), 66 A.R. 202; 23 D.L.R. (4th) 503; [1986] 1 W.W.R. 193; 41 Alta. L.R. (2d) 97; 22 C.C.C. (3d) 513; 48 C.R. (3d) 193; 18 C.R.R. 1; 62 N.R. 50; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *Glynos v. Canada*, [1992] 3 F.C. 691 (C.A.); *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314; (1993), 19 Imm. L.R. (2d) 81 (C.A.); *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200;

citoyenneté canadienne aux personnes nées avant 1977 à l'étranger, du mariage de leur mère canadienne, le législateur a réservé à ces étrangers la faculté d'acquérir la citoyenneté canadienne et a imposé, à cet égard, certaines conditions minimales à remplir.

^a L'interdiction, prévue à l'article 22, d'accorder la citoyenneté aux criminels ne s'applique qu'aux étrangers. L'appelant est un étranger et tombe dans le champ d'application de cet article.

b LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 15.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 146.
Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 12.
Loi sur la citoyenneté, S.C. 1974-75-76, ch. 108 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-29), art. 3, 5, 12, 19, 20, 22 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 11).
Loi sur la citoyenneté canadienne, S.C. 1946, ch. 15, art. 5 (devenue par la suite *Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.R.C. 1970, ch. C-19), art. 5.
Loi sur la citoyenneté canadienne, S.R.C. 1952, ch. 33, art. 5.
^e *Loi sur l'immigration*, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 27, 43, 44.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 41, 42.
Règlement sur la citoyenneté, C.R.C., ch. 400, art. 20.

f JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. c. Gamble, [1988] 2 R.C.S. 595; (1988), 31 O.A.C. 81; 45 C.C.C. (3d) 204; 66 C.R. (3d) 193; 89 N.R. 161; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271; (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; [1976] CTC 1; 75 DTC 5451; 7 N.R. 401; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; (1985), 66 A.R. 202; 23 D.L.R. (4th) 503; [1986] 1 W.W.R. 193; 41 Alta. L.R. (2d) 97; 22 C.C.C. (3d) 513; 48 C.R. (3d) 193; 18 C.R.R. 1; 62 N.R. 50; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *Glynos c. Canada*, [1992] 3 C.F. 691 (C.A.); *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314; (1993), 19 Imm. L.R. (2d) 81 (C.A.); *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200;

24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 14 O.A.C. 335; *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Winner v. S.M.T.*, [1951] S.C.R. 887; [1951] 4 D.L.R. 529; *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153; (1988), 41 C.C.C. (3d) 193; 64 C.R. (3d) 297; 86 N.R. 85; 28 O.A.C. 243; *In re Citizenship Act and in re Noailles*, [1985] 1 F.C. 852 (T.D.); *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; [1991] 2 W.W.R. 385; (1990), 69 Man. R. (2d) 161; 62 C.C.C. (3d) 193; 2 C.R. (4th) 1; 1 C.R.R. (2d) 1; 119 N.R. 161; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115.

REFERRED TO:

Benner v. Minister of Employment and Immigration (1988), 93 N.R. 250 (F.C.A.); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004; 2 C.R.R. (2d) 1; 118 N.R. 1; 45 O.A.C. 1; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; (1991), 77 D.L.R. (4th) 385; 4 C.R.R. (2d) 60; 120 N.R. 241; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; (1991), 84 D.L.R. (4th) 161; 67 C.C.C. (3d) 193; 38 C.P.R. (3d) 451; 8 C.R. (4th) 145; 7 C.R.R. (2d) 36; 130 N.R. 1; 49 O.A.C. 161; *R. v. James*, [1988] 1 S.C.R. 669; (1988), 63 O.R. (2d) 635; 40 C.C.C. (3d) 576; [1988] 2 C.T.C. 1; 88 DTC 6273; 85 N.R. 1; affg (*sub nom. R. v. James, Kirsten and Rosenthal*) (1986), 55 O.R. (2d) 609; (1986), 27 C.C.C. (3d) 1; [1986] 2 C.T.C. 288; 86 DTC 6432; 15 O.A.C. 319 (C.A.); *Davidson et al. v. Davidson* (1986), 33 D.L.R. (4th) 161; [1987] 2 W.W.R. 642; 10 B.C.L.R. (2d) 88; 26 C.C.L.I. 134 (B.C.C.A.).

AUTHORS CITED

Coté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed., Cowansville: Éditions Yvon Blais Inc., 1991.
Driedger, Elmer A. "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections" (1978) 56 *Can. Bar Rev.* 264.

APPEAL from trial judgment ([1992] 1 F.C. 771; (1991), 43 F.T.R. 180 (T.D.)) dismissing appeal from the denial of the appellant's application for Canadian citizenship. Appeal dismissed.

COUNSEL:

Richard A. Vanderkooy, for appellant (applicant).

24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 14 O.A.C. 335; *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Winner v. S.M.T.*, [1951] R.C.S. 887; [1951] 4 D.L.R. 529; *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153; (1988), 41 C.C.C. (3d) 193; 64 C.R. (3d) 297; 86 N.R. 85; 28 O.A.C. 243; *Affaire intéressant la Loi sur la citoyenneté et Noailles*, [1985] 1 C.F. 852 (1^{re} inst.); *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; [1991] 2 W.W.R. 385; (1990), 69 Man. R. (2d) 161; 62 C.C.C. (3d) 193; 2 C.R. (4th) 1; 1 C.R.R. (2d) 1; 119 N.R. 161; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115.

DÉCISIONS CITÉES:

Benner c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (1988), 93 N.R. 250 (C.A.F.); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004; 2 C.R.R. (2d) 1; 118 N.R. 1; 45 O.A.C. 1; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; (1991), 77 D.L.R. (4th) 385; 4 C.R.R. (2d) 60; 120 N.R. 241; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; (1991), 84 D.L.R. (4th) 161; 67 C.C.C. (3d) 193; 38 C.P.R. (3d) 451; 8 C.R. (4th) 145; 7 C.R.R. (2d) 36; 130 N.R. 1; 49 O.A.C. 161; *R. c. James*, [1988] 1 R.C.S. 669; (1988), 63 O.R. (2d) 635; 40 C.C.C. (3d) 576; [1988] 2 C.T.C. 1; 88 DTC 6273; 85 N.R. 1; conf. (sous l'intitulé de cause *R. v. James, Kirsten and Rosenthal*) (1986), 55 O.R. (2d) 609; (1986), 27 C.C.C. (3d) 1; [1986] 2 C.T.C. 288; 86 DTC 6432; 15 O.A.C. 319 (C.A.); *Davidson et al. v. Davidson* (1986), 33 D.L.R. (4th) 161; [1987] 2 W.W.R. 642; 10 B.C.L.R. (2d) 88; 26 C.C.L.I. 134 (C.A.C.-B.).

DOCTRINE

Coté, Pierre-André, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville: Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1990.
Driedger, Elmer A. «Statutes: Retroactive Retrospective Relections» (1978) 56 *R. du B. Can.* 264.

APPEL contre le jugement de première instance ([1992] 1 C.F. 771; (1991), 43 F.T.R. 180 (1^{re} inst.)) qui a rejeté le recours contre le rejet de la demande de citoyenneté canadienne de l'appelant. Appel rejeté.

AVOCATS:

Richard A. Vanderkooy pour l'appelant (requérant).

Debra M. McAllister and Cheryl D. E. Mitchell
for respondents (respondents).

SOLICITORS:

Richard A. Vanderkooy, North Vancouver, for
appellant (applicant).^a
Deputy Attorney General of Canada for respon-
dents (respondents).

*The following are the reasons for judgment ren-
dered in English by*^b

MARCEAU J.A.: I respectfully disagree with my
brother Linden J.A. whose reasons for judgment I
have had the advantage of reading. In my view, the
Trial Judge [[1992] 1 F.C. 771] arrived at the right
conclusion and his analysis, for the most part,
appears to me quite sound. My disagreement with the
views of my colleague can be explained quickly.

1. First, I do not see how it can be said that chil-
dren born abroad of married Canadian mothers were,
before 1977, discriminated against on the basis of sex
because the Canadian law then in force, the 1947 Cit-
izenship Act [*The Canadian Citizenship Act*, S.C.
1946, c. 15 (later R.S.C. 1970, c. C-19)], did not con-
fer on them the same entitlement to automatic citi-
zenship by birth that it conferred on children born of
Canadian fathers. It seems to me that one should not
confuse "sex" with "parental lineage" and one should
not either forget that we are concerned with the chil-
dren, not the mothers.

The 1947 provisions were clearly based on consid-
erations of the time relative to the organization of
society, the effects of marriage and the concept of
family units. It is, of course, undeniable that these
social considerations were not developed and put into
effect without influence from the long standing stere-
otyping regarding the place of women *vis-à-vis* that
of men. But the idea that the child born abroad in
wedlock should be regarded as having acquired the
citizenship of his father only was not directly linked
to any prejudice regarding the sex of the parents and,
in any event, had obviously nothing to do with the
sex of the child.

As to the impugned provisions of the 1977 Act
[*Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76, c. 108 (now

Debra M. McAllister et Cheryl D. E. Mitchell
pour les intimés (intimés).

PROCUREURS:

Richard A. Vanderkooy, North Vancouver, pour
l'appelant (requérant).
Le sous-procureur général du Canada pour les
intimés (intimés).

*Ce qui suit est la version française des motifs du
jugement rendus par*

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Je regrette de ne pouvoir
partager les motifs du jugement qu'a prononcés mon
collègue le juge Linden, J.C.A. À mon avis, le juge
de première instance [[1992] 1 C.F. 771] a tiré la
conclusion qui s'impose et son analyse me paraît,
pour la plus grande partie, fort judicieuse. Mon
désaccord avec les vues de mon collègue peut être
expliqué en peu de mots.

1. En premier lieu, je ne vois pas comment on peut
dire que les enfants nés à l'étranger du mariage de
leur mère canadienne étaient, avant 1977, victimes de
discrimination sexuelle du fait que la Loi sur la
citoyenneté [*Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C.
1946, ch. 15 (par la suite, S.R.C. 1970, ch. C-19)] de
1947 ne leur attribuait pas de plein droit la citoyen-
neté à raison de la naissance, qu'elle prévoyait pour
les enfants nés de pères canadiens. Il me semble qu'il
ne faut pas confondre «sexe» et «filiation», et il ne
faut pas oublier non plus que le problème concerne
les enfants, non pas leurs mères.

Les dispositions de 1947 étaient manifestement
fondées sur les vues qui avaient cours à l'époque sur
l'organisation de la société, les effets du mariage et la
conception de la cellule familiale. Il est indéniable
que ces considérations sociales se sont développées et
mises en place sous l'influence de la traditionnelle
conception stéréotypée de la place de la femme vis-à-
vis de l'homme. Cependant, la règle selon laquelle
l'enfant légitime né à l'étranger acquerrait la nationa-
lité du père n'était directement liée à aucun préjugé
relatif au sexe des parents et, de toute façon, n'avait
manifestement rien à voir avec le sexe de l'enfant.

Quant aux dispositions attaquées de la Loi de 1977
[*Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, ch. 108

R.S.C., 1985, c. C-29)], I fail to see how they can be attributed, in their purpose any more than in their effect, any discriminatory aspect related to sex. If the child previously born abroad in wedlock of a Canadian mother and a non-Canadian father was required to seek and be granted citizenship, it was solely due to the fact that he or she was not then a Canadian citizen by birth in view of the provisions of the Act that was in force at the moment of his or her birth. Which brings me to my second point.

2. It would have been possible for Parliament, in 1977, to automatically confer Canadian citizenship on a child previously born abroad of a Canadian mother and a non-Canadian father, but legislation to that effect would have been clearly retroactive since it would have changed the legal effect of an event that took place before its enactment, namely the birth outside Canada in wedlock from a non-Canadian father. It is clear that the non-acquisition of Canadian citizenship by birth is not a mere "practice" that has to be "continued" to remain in existence; it is a legal status definitively and finally settled pursuant to the existing law at the moment of birth. I simply do not see how, therefore, one could rely on the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] to dispute the validity of the choice made by Parliament in refusing to reach back completely and abolish the settled effect of the old law, given that the Charter does not apply retroactively.

The appellant alleges that he does not seek a retroactive application of the Charter, since his claim is not based on the 1947 Act but exclusively on the treatment he received in 1989 under the current *Citizenship Act*. The allegation is based on yet another confusion, in my view. It is not the moment when a claimant has been actually affected by the provisions of an Act which he or she contends to be discriminatory that is relevant to determine whether he or she seeks a retroactive application of the Charter; it is whether the contended discrimination would flow from the provisions themselves or rather from the previously acquired legal situation that those provi-

(maintenant L.R.C. (1985), ch. C-29)], je ne vois pas comment on pourrait y voir, à l'égard de leur objectif ou de leur effet, quelque élément de discrimination sexuelle que ce soit. Si à l'époque, l'enfant, né à l'étranger du mariage d'une mère canadienne et d'un père non canadien, qui voulait acquérir la citoyenneté devait en faire la demande, cet état de choses tenait à ce qu'il n'était pas citoyen canadien de naissance au regard des dispositions de la Loi en vigueur au moment de sa naissance. Ce qui m'amène au second point.

2. Le législateur aurait pu, en 1977, accorder la citoyenneté canadienne de plein droit à l'enfant né auparavant à l'étranger, du mariage d'une mère canadienne et d'un père non canadien, mais une loi dans ce sens aurait été de toute évidence rétroactive, car elle aurait changé l'effet juridique d'un fait qui avait eu lieu avant son adoption, savoir la naissance à l'étranger de l'enfant légitime d'un père non canadien. Il est clair que la non-acquisition de la citoyenneté canadienne de naissance n'est pas une simple «pratique» dont le maintien en vigueur doit être consacré par un texte de loi, mais un statut juridique définitivement et irréversiblement fixé par la loi en vigueur au moment de la naissance. Je ne peux donc voir comment, vu la non-rétroactivité de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], on pourrait l'invoquer pour contester le choix fait par le législateur qui était de ne pas revenir tout à fait en arrière afin d'abolir les effets établis de l'ancienne loi.

L'appelant soutient qu'il ne demande pas l'application rétroactive de la Charte, puisque son action ne porte pas sur la Loi de 1947, mais exclusivement sur le traitement qu'il a reçu en 1989 sous le régime de l'actuelle *Loi sur la citoyenneté*. Je pense que cet argument tient encore à une autre confusion. Ce n'est pas le moment où le demandeur est effectivement touché par les dispositions d'une loi discriminatoire à ses dires, qu'il faut prendre en considération pour décider s'il demande ou non l'application rétroactive de la Charte; il s'agit plutôt de savoir si la discrimination supposée découle de ces dispositions elles-mêmes ou du statut juridique antérieur qui en fait

sions acted upon. I repeat again what appears to me to be obvious: section 22 of the new Act (the criminal requirements) and section 20 of the associated Regulations [*Citizenship Regulations*, C.R.C., c. 400] (the oath requirements) were made applicable to maternal offspring born prior to 1977 as a direct and necessary consequence of the fact that they were not citizens by birth.

I would deny the appeal with costs.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LINDEN J.A. (*concurring in the result*): This appeal involves a section 15 Charter challenge to certain provisions of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 alleging discrimination on the basis of sex in that children of married Canadian mothers born abroad are treated less favourably than children of married Canadian fathers born abroad with regard to their entitlement to automatic citizenship by birth. This is an important issue, for "[t]o be a Canadian citizen by birth is a most cherished privilege." (See Décaré J.A. in *Glynos v. Canada*, [1992] 3 F.C. 691 (C.A.), at page 701.)

The Trial Judge of this Court dismissed an appeal from a decision of the Registrar of Citizenship denying an application for Canadian citizenship by the appellant, Mark Donald Benner. The appellant challenges the validity of the paragraphs 3(1)(e) and 5(2)(b) and section 22 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 11] of the *Citizenship Act*, *supra* and section 20 of the *Citizenship Regulations*.

THE LEGISLATION EXPLAINED

Between 1947 and 1977, the *Citizenship Act* provided in paragraph 5(1)(b) that a person would be a natural-born Canadian if born outside of Canada to a father who was a Canadian citizen, but not to a Canadian mother, unless she was unmarried. Recognizing that this provision was discriminatory in providing automatic citizenship based on paternal lineage, but

l'objet. Je répète ce qui est évident à mes yeux: le fait que l'application de l'article 22 de la nouvelle Loi (démêlés avec la justice) et de l'article 20 du Règlement [*Règlement sur la citoyenneté*, C.R.C., ch. 400] d'application (prestation du serment) a été étendue aux enfants nés de mères canadiennes avant 1977 est une conséquence directe et nécessaire du fait qu'ils ne sont pas citoyens canadiens de naissance.

Je me prononce pour le rejet de l'appel avec dépens.

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendu par

LE JUGE LINDEN, J.C.A. (*motifs concordants quant au résultat*): L'appelant se fonde en l'espèce sur l'article 15 de la Charte pour contester certaines dispositions de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, en concluant à discrimination sexuelle du fait qu'en matière de citoyenneté de naissance, les enfants nés à l'étranger du mariage de leur mère canadienne sont défavorisés par rapport aux enfants nés à l'étranger du mariage de leur père canadien. Il s'agit là d'une question importante, étant donné que «[l]a citoyenneté canadienne de naissance est un privilège hautement estimé» (ainsi que l'a conclu le juge Décaré, J.C.A., dans *Glynos c. Canada*, [1992] 3 C.F. 691 (C.A.), à la page 701).

Le juge de première instance de cette Cour a rejeté l'appel formé contre la décision par laquelle le greffier de la citoyenneté avait rejeté la demande de citoyenneté canadienne faite par l'appelant Mark Donald Benner. Celui-ci conteste maintenant la validité des alinéas 3(1)(e) et 5(2)(b) et de l'article 22 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 11] de la *Loi sur la citoyenneté*, *supra*, ainsi que de l'article 20 du *Règlement sur la citoyenneté*.

EXPLICATION DE LA LÉGISLATION EN CAUSE

De 1947 à 1977, la *Loi sur la citoyenneté* prévoyait en son alinéa 5(1)(b) qu'était citoyen canadien de naissance quiconque était né hors du Canada d'un père canadien, mais non d'une mère canadienne à moins qu'elle ne fût célibataire. Cette disposition étant reconnue comme discriminatoire en ce qu'elle conférait la citoyenneté basée sur la filiation pater-

not on maternal lineage, a new *Citizenship Act* was introduced in 1977 to address this unjust distinction. Henceforth, children born to both Canadian mothers and fathers would be treated equally. In *Glynos v. Canada*, *supra*, at pages 701-702, Mr. Justice Décaré reviewed the legislative debates and came to the conclusion that:

Paragraph 5(2)(b) was specifically introduced into the *Citizenship Act* of 1976 to eliminate the discriminatory policy against women that flowed from the former Act, under which the child of a married Canadian woman born outside Canada could not acquire citizenship through her.

The new Act, in an effort to rectify the past discrimination, at least in part, also permits individuals born prior to 1977 to apply for citizenship based on maternal lineage. However, the present Act continues to differentiate between individuals relying on paternal lineage and those relying on maternal lineage, born before 1977. The new Act requires extra procedures on the part of those claiming citizenship through maternal lineage including, for instance, swearing or affirming an oath and passing a criminal background check. To highlight the differences in treatment in the present Act, I will set out the provisions that apply, depending on whether an individual relies on paternal lineage or maternal lineage.

(a) Paternal lineage

Individuals born outside of Canada prior to 1977, whose fathers were Canadian citizens, were automatically granted Canadian citizenship upon registering their birth under paragraph 5(1)(b) of the 1947 *Citizenship Act*, which provided:

5. (1) A person born after the 31st day of December 1946 is a natural-born Canadian citizen,

. . .

(b) if he is born outside of Canada elsewhere than on a Canadian ship, and

(i) his father, or in the case of a child born out of wedlock, his mother, at the time of that person's birth, is a Canadian citizen, and
(ii) the fact of his birth is registered in accordance with the regulations, within two years after its occurrence or within such extended period as the Minister may authorize in special cases. [Emphasis added.]

nelle, mais non la filiation maternelle, une nouvelle *Loi sur la citoyenneté* a été introduite en 1977 pour remédier à cette distinction injuste. Dès lors les enfants nés de père ou de mère canadiens seraient traités sur le même pied. Dans *Glynos c. Canada*, *supra*, aux pages 701 et 702, le juge Décaré, après avoir évoqué les travaux préparatoires de cette Loi, est parvenu à la conclusion suivante:

L'alinéa 5(2)b) a été introduit dans la *Loi sur la citoyenneté* de 1976 précisément pour éliminer la politique discriminatoire à l'égard des femmes découlant de l'ancienne Loi et selon laquelle la femme canadienne mariée ne pouvait transmettre sa citoyenneté à son enfant né à l'étranger.

La nouvelle Loi, afin de remédier à la discrimination passée, en partie tout au moins, permet aussi aux individus nés avant 1977 de demander la citoyenneté en se réclamant de leur filiation maternelle. Elle continue cependant de distinguer, à l'égard des individus nés avant 1977, entre ceux qui se réclament de leur filiation paternelle et ceux qui se réclament de leur filiation maternelle, en prescrivant à l'égard de ces derniers des conditions supplémentaires: serment ou déclaration solennelle, et casier judiciaire vierge. Pour faire ressortir les différences de traitement qu'elle comporte, j'examinerai les dispositions applicables selon que l'intéressé se réclame de sa filiation paternelle ou de sa filiation maternelle.

a) Filiation paternelle

Les individus nés à l'étranger avant 1977 de pères canadiens étaient citoyens canadiens de droit après la déclaration de leur naissance, selon l'alinéa 5(1)b) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947, qui prévoyait ce qui suit:

5. (1) Une personne née après le 31 décembre 1946 est un citoyen canadien de naissance,

. . .

b) si elle est née hors du Canada ailleurs que sur un navire canadien, et si

(i) son père ou, dans le cas d'un enfant né hors du mariage, sa mère, au moment de la naissance de cette personne, était un citoyen canadien, et si
(ii) le fait de sa naissance est inscrit, en conformité des règlements, au cours des deux années qui suivent cet événement ou au cours de la période prolongée que le Ministre peut autoriser en des cas spéciaux. [Non souligné dans le texte.]

In 1977, when Parliament enacted the new *Citizenship Act* a provision was included to preserve paternal lineage claimants' entitlement to citizenship. Paragraph 3(1)(e) of the 1977 Act specifically incorporated paragraph 5(1)(b) of the 1947 Act:

3. (1) Subject to this Act, a person is a citizen if

(e) the person was entitled, immediately before February 15, 1977, to become a citizen under paragraph 5(1)(b) of the former Act. [Emphasis added.]

As a result of paragraph 3(1)(e) of the 1977 *Citizenship Act*, individuals born outside of Canada prior to 1977, whose fathers were Canadian citizens, remain automatically entitled to Canadian citizenship upon registering their birth under paragraph 5(1)(b) of the 1947 *Citizenship Act*.

(b) Maternal lineage

Individuals born to married parents outside of Canada prior to 1977, whose mothers were Canadian citizens, but whose fathers were not, were not entitled to Canadian citizenship under the 1947 *Citizenship Act*. In other words, there was no equivalent of paragraph 5(1)(b) of the 1947 Act for maternal lineage claimants. Recognizing the injustice of this discrepancy, Parliament specifically addressed the circumstances of these potential maternal lineage claimants in the new Act. Paragraph 5(2)(b) of the 1977 *Citizenship Act* provides an opportunity to apply for Canadian citizenship to maternal lineage claimants, born prior to 1977, who were excluded from entitlement under the 1947 Act. Paragraph 5(2)(b) of the 1977 Act states:

5. . . .

(2) The minister shall grant citizenship to any person who

(b) was born outside Canada, before February 15, 1977, of a mother who was a citizen at the time of his birth, and was not entitled, immediately before February 15, 1977, to become a citizen under subparagraph 5(1)(b)(i) of the former Act, if, before February 15, 1979, or within such extended period as the Minister may authorize [the Minister has extended the time to February 15, 1992], an application for citizenship is made to the Minister by a person authorized by regulation to make the application. [Emphasis added.]

Lorsque la nouvelle *Loi sur la citoyenneté* fut adoptée en 1977, une disposition y a été incluse qui maintient le droit à la citoyenneté par filiation paternelle. L'alinéa 3(1)(e) de la Loi de 1977 cite expressément a l'alinéa 5(1)(b) de la Loi de 1947:

3. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, a qualité de citoyen toute personne:

e) habile, au 14 février 1977, à devenir citoyen aux termes de l'alinéa 5(1)(b) de l'ancienne loi. [Non souligné dans le texte.]

Par suite de l'alinéa 3(1)(e) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977, les individus nés à l'étranger avant 1977 de pères canadiens, sont citoyens canadiens de droit après la déclaration de leur naissance conformément à l'alinéa 5(1)(b) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947.

d b) Filiation maternelle

Les enfants nés à l'étranger avant 1977, du mariage de leur mère canadienne et de leur père non canadien, n'avaient pas droit à la citoyenneté canadienne sous le régime de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947. En d'autres termes, il n'y avait pas dans cette dernière une disposition faisant pendant à l'alinéa 5(1)(b) au profit de ceux qui se réclamaient de leur filiation maternelle. Conscient de l'injustice de cette contradiction, le législateur s'est expressément penché dans la nouvelle Loi sur le cas des personnes qui pourraient fonder leur demande sur leur filiation maternelle. L'alinéa 5(2)(b) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 prévoit la possibilité de demander la citoyenneté canadienne en vertu de leur filiation maternelle pour ceux qui, nés avant 1977, étaient privés de ce droit par la Loi de 1947. Voici ce qu'il porte:

h 5. . . .

(2) Le ministre attribue en outre la citoyenneté:

b) sur demande qui lui est présentée par la personne qui y est autorisée par règlement et avant le 15 février 1979 ou dans le délai ultérieur qu'il autorise [ce délai a été prorogé jusqu'au 15 février 1992], à la personne qui, née à l'étranger avant le 15 février 1977 d'une mère ayant à ce moment-là la qualité de citoyen, n'était pas admissible à la citoyenneté aux termes du sous-alinéa 5(1)(b)(i) de l'ancienne loi. [Non souligné dans le texte.]

Thus, maternal lineage claimants born prior to 1977, and therefore coming within paragraph 5(2)(b) of the new Act, are not automatically entitled to register for citizenship as are paternal lineage applicants born before 1977. Rather, as set out in paragraph 5(2)(b), maternal lineage applicants in these circumstances must apply to the Minister to obtain Canadian citizenship. Here we see an application process not required for children relying on paternal lineage. This application process involves a number of steps to which paternal lineage claimants are not subjected. For example, paragraph 3(1)(c) and subsections 12(2) and (3) require an applicant relying on maternal lineage under paragraph 5(2)(b) to take an oath of citizenship:

3. (1) Subject to this Act, a person is a citizen if

. . .

(c) the person has been granted or acquired citizenship pursuant to section 5 or 11 and, in the case of a person who is fourteen years of age or over on the day that he is granted citizenship, he has taken the oath of citizenship.

. . .

12. . . .

(2) Where an application under section 5 or 8 or subsection 11(1) is approved, the Minister shall issue a certificate of citizenship to the applicant.

(3) A certificate issued pursuant to this section does not take effect until the person to whom it is issued has complied with the requirements of this Act and the regulations respecting the oath of citizenship.

Subsection 12(3) also requires maternal lineage applicants to satisfy both the requirements of the *Citizenship Act* and the *Citizenship Regulations*. This means that applicants relying on paragraph 5(2)(b) are subject to subsection 20(1) of the *Citizenship Regulations* which confirms that those applicants must swear or affirm an oath of citizenship. Subsection 20(1) states:

20. (1) Subject to subsection 5(3) of the Act and section 22 of these Regulations, a person who is 14 years of age or over on the day that he has been granted citizenship under subsection 5(2), 5(4), or 10(1) of the Act shall take the oath of citizenship by swearing or affirming it.

Ainsi donc, ceux qui demandent la citoyenneté canadienne en vertu de leur filiation maternelle et qui, nés avant 1977, tombent dans le champ d'application de l'alinéa 5(2)(b) de la nouvelle Loi, n'ont pas droit à l'inscription d'office dont jouissent ceux qui sont également nés avant 1977 mais qui justifient de leur filiation paternelle. Ils sont au contraire tenus par l'alinéa 5(2)(b) d'en faire la demande au ministre. Le processus de demande, qui n'est pas exigé de ceux qui se réclament de leur filiation paternelle, comporte certaines formalités auxquelles ceux-ci ne sont pas soumis. Par exemple, l'alinéa 3(1)(c) et les paragraphes 12(2) et (3) prévoient l'obligation de prêter le serment de citoyenneté pour ceux qui se réclament de leur filiation maternelle sous le régime de l'alinéa 5(2)(b):

3. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, a qualité de citoyen toute personne:

d

. . .

c) ayant obtenu la citoyenneté—par attribution ou acquisition—sous le régime des articles 5 ou 11 et ayant, si elle était âgée d'au moins quatorze ans, prêté le serment de citoyenneté.

e

. . .

12. . . .

(2) Le ministre délivre un certificat de citoyenneté aux personnes dont la demande présentée au titre des articles 5 ou 8 ou du paragraphe 11(1) a été approuvée.

f

(3) Le certificat délivré en application du présent article ne prend effet qu'en tant que l'intéressé s'est conformé aux dispositions de la présente loi et aux règlements régissant la prestation du serment de citoyenneté.

g

Le paragraphe 12(3) fait aux demandeurs se réclamant de leur filiation maternelle l'obligation de satisfaire aux conditions à la fois de la *Loi sur la citoyenneté* et du *Règlement sur la citoyenneté*. Ce qui signifie que les demandeurs qui invoquent l'alinéa 5(2)(b) sont soumis à l'application du paragraphe 20(1) du *Règlement sur la citoyenneté* qui confirme qu'ils sont tenus de prêter le serment de citoyenneté en jurant ou en faisant une déclaration solennelle. Le paragraphe 20(1) porte:

i

20. (1) Sous réserve du paragraphe 5(3) de la Loi et de l'article 22 du présent règlement, une personne qui a 14 ans révolus à la date à laquelle elle se voit accorder la citoyenneté en vertu du paragraphe 5(2), 5(4) ou 10(1) de la Loi doit prêter le serment de citoyenneté en jurant ou en faisant une déclaration solennelle.

j

Perhaps more significant than the oath requirements placed on maternal lineage applicants born prior to 1977, but not on paternal lineage claimants born before that date, are the conditions regarding national security and criminal record checks potentially leading to a denial of citizenship. Although the "security of the nation" provisions in sections 19 and 20 were not relied on in this case, I should point out that maternal lineage applicants, unlike paternal lineage claimants, are subject to a security check and may have their application for Canadian citizenship dismissed based on the findings. The relevant portions of those two sections provide:

19. ...

(2) Where the Minister is of the opinion that a person should not be granted citizenship under section 5 or subsection 11(1) or administered the oath of citizenship or be issued a certificate of renunciation under section 9 because there are reasonable grounds to believe that the person will engage in activity

- (a) that constitutes a threat to the security of Canada, or
- (b) that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of any offence that may be punishable under any Act of Parliament by way of indictment,

the Minister may make a report to the Review Committee.

20. (1) Notwithstanding anything in this Act, a person shall not be granted citizenship under section 5 or subsection 11(1) or administered the oath of citizenship or be issued a certificate of renunciation under section 9 where, after considering the report made by the Review Committee pursuant to subsection 19(6), the Governor in Council declares that there are reasonable grounds to believe that the person with respect to whom the report was made will engage in an activity described in paragraph 19(2)(a) or (b).

(2) Where a person is the subject of a declaration made under subsection (1), any application that has been made by that person under section 5 or 9 or subsection 11(1) is deemed to be not approved and any appeal made by him under subsection 14(5) is deemed to be dismissed.

While sections 19 and 20 did not come into play in this case, the prohibition based on an individual's criminal record under section 22 was applied to the appellant's application. Section 22 of the *Citizenship Act* precludes an individual from being granted Canadian citizenship under a variety of circumstances,

Peut-être plus importantes encore que l'obligation de prêter le serment de citoyenneté, imposée aux demandeurs de filiation maternelle mais non aux demandeurs de filiation paternelle, nés avant 1977, sont les conditions relatives à la sécurité nationale et au casier judiciaire, lesquelles pourraient aboutir au refus d'accorder la citoyenneté. Bien qu'il ne soit pas question en l'espèce des dispositions relatives à la «sécurité nationale» des articles 19 et 20, je dois faire remarquer qu'à l'opposé de ceux qui se réclament de leur filiation paternelle, les demandeurs de filiation maternelle sont soumis à une enquête de sécurité et peuvent se voir refuser la citoyenneté canadienne en raison des résultats de cette enquête. Voici les dispositions applicables de ces deux articles:

19. ...

(2) Le ministre peut, en lui adressant un rapport à cet effet, saisir le comité de surveillance des cas où il est d'avis que l'intéressé devrait se voir refuser l'attribution de citoyenneté prévue à l'article 5 ou au paragraphe 11(1), ou la délivrance du certificat de répudiation prévu à l'article 9, ou encore la prestation du serment de citoyenneté, parce qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'il se livrera à des activités qui:

- a) soit constituent des menaces envers la sécurité du Canada;
- b) soit font partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction punissable par voie de mise en accusation aux termes d'une loi fédérale.

20. (1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, le gouverneur en conseil peut empêcher l'attribution de la citoyenneté demandée au titre de l'article 5 ou du paragraphe 11(1), la délivrance du certificat de répudiation visé à l'article 9 ou la prestation du serment de citoyenneté en déclarant, après avoir étudié le rapport du comité de surveillance visé au paragraphe 19(6), qu'il existe des motifs raisonnables de croire que la personne visée dans ce rapport se livrera à des activités mentionnées aux alinéas 19(2)a) ou b).

(2) Une telle déclaration vaut rejet de la demande en cause et de tout appel éventuellement interjeté en vertu du paragraphe 14(5).

Si les articles 19 et 20 n'ont pas application en l'espèce, l'interdiction à raison du casier judiciaire, que prévoit l'article 22, s'applique à la demande de l'appelant. L'article 22 de la *Loi sur la citoyenneté* exclut l'octroi de la citoyenneté canadienne dans un certain nombre de cas, dont le cas où le demandeur est en

including where the applicant is currently incarcerated, on parole, or on probation; where the applicant has been charged with or is on trial for an indictable offence; or, where an applicant has been convicted of an indictable offence during the three years preceding the individual's application or during the application process. Section 22 provides as follows:

22. (1) Notwithstanding anything in this Act, a person shall not be granted citizenship under section 5 or subsection 11(1) or take the oath of citizenship

(a) while the person is, pursuant to any enactment in force in Canada,

- (i) under a probation order,
- (ii) a paroled inmate, or
- (iii) confined in or is an inmate of any penitentiary, jail, reformatory or prison;

(b) while the person is charged with, on trial for, subject to or a party to an appeal relating to, an offence under subsection 29(2) or (3) or to an indictable offence under any Act of Parliament;

(c) while the person is under investigation by the Minister of Justice, the Royal Canadian Mounted Police or the Canadian Security Intelligence Service for, or is charged with, on trial for, subject to or a party to an appeal relating to, an act or omission referred to in subsection 7(3.71) of the *Criminal Code*;

(d) if the person has been convicted of an offence in respect of an act or omission referred to in subsection 7(3.71) of the *Criminal Code*; or

(e) if the person requires but has not obtained the consent of the Minister of Employment and Immigration, under subsection 55(1) of the *Immigration Act*, to be admitted to and remain in Canada as a permanent resident.

(2) Notwithstanding anything in this Act, but subject to the *Criminal Records Act*, a person shall not be granted citizenship under section 5 or subsection 11(1) or take the oath of citizenship if,

(a) during the three year period immediately preceding the date of the person's application, or

(b) during the period between the date of the person's application and the date that the person would otherwise be granted citizenship or take the oath of citizenship,

the person has been convicted of an offence under subsection 29(2) or (3) or of an indictable offence under any Act of Parliament.

Once again, it must be noted that section 22 governs the applications of maternal lineage applicants born prior to 1977, but does not affect paternal lineage claimants born before that date. As a result, maternal lineage applicants are subject not only to a list of pro-

prison, en probation ou en libération conditionnelle, le cas où il est sous le coup d'une inculpation ou est en cours de jugement pour acte criminel, le cas où il a été déclaré coupable d'un acte criminel au cours des trois années qui précèdent sa demande ou pendant l'instruction de cette demande. Voici ce que porte l'article 22:

22. (1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, nul ne peut recevoir la citoyenneté au titre de l'article 5 ou du paragraphe 11(1) ni prêter le serment de citoyenneté:

a) pendant la période où, en application d'une disposition législative en vigueur au Canada:

- (i) il est sous le coup d'une ordonnance de probation,
- (ii) il bénéficie d'une libération conditionnelle,
- (iii) il est détenu dans un pénitencier, une prison ou une maison de correction;

b) tant qu'il est inculpé pour une infraction prévue aux paragraphes 29(2) ou (3) ou pour un acte criminel prévu par une loi fédérale, et ce jusqu'à la date d'épuisement des voies de recours;

c) tant qu'il fait l'objet d'une enquête menée par le ministre de la Justice, la Gendarmerie royale du Canada ou le Service canadien du renseignement de sécurité, relativement à un fait visé au paragraphe 7(3.71) du *Code criminel*, ou tant qu'il est inculpé pour une infraction relative à ce fait et ce, jusqu'à la date d'épuisement des voies de recours;

d) s'il a été déclaré coupable d'une infraction relative à un fait visé au paragraphe 7(3.71) du *Code criminel*;

e) s'il n'a pas obtenu l'autorisation du ministre de l'Emploi et de l'Immigration éventuellement exigée aux termes du paragraphe 55(1) de la *Loi sur l'immigration* pour être admis au Canada et y demeurer à titre de résident permanent.

(2) Malgré les autres dispositions de la présente loi, mais sous réserve de la *Loi sur le casier judiciaire*, nul ne peut recevoir la citoyenneté au titre de l'article 5 ou du paragraphe 11(1) ni prêter le serment de citoyenneté s'il a été déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe 29(2) ou (3) ou d'un acte criminel prévu par une loi fédérale:

a) au cours des trois ans précédant la date de sa demande;

b) entre la date de sa demande et celle prévue pour l'attribution de la citoyenneté ou la prestation du serment.

Là encore, il y a lieu de noter que l'article 22 régit les demandes de personnes nées avant 1977 du mariage de leur mère canadienne, mais n'affecte pas les demandeurs de filiation paternelle nés à la même époque. Il s'ensuit que non seulement les demandeurs

cedural requirements not applicable to paternal lineage applicants, but maternal lineage applicants also face a potential denial of citizenship not faced by paternal lineage claimants. This is based on the principle, as explained by counsel for the Crown, that citizenship follows the father, not the mother, if they are married, a clearly sexist view by modern standards, although perhaps not widely recognized as such in days gone by.

As a result of the provisions set out above, it is immediately apparent that, for those born before 1977, there are now two separate citizenship schemes in place in Canada: one for those relying on maternal lineage and one for those relying on paternal lineage. Those claiming Canadian citizenship based on maternal lineage encounter a more onerous process with more burdensome requirements and more serious implications than individuals relying on a paternal link.

The main issue for this Court is whether, on the facts of this case, these distinctions constitute discrimination contrary to subsection 15(1). Further, if it does, can that discrimination be justified under section 1 of the Charter? There is also a major issue that must be addressed before these, having to do with the retrospective/prospective application of the Charter.

THE FACTS

The route followed by the appellant to have his claim for Canadian citizenship processed is long and circuitous. Many of the details are not directly relevant to a determination of the issues in this case, but they provide a helpful background for understanding the potential administrative hurdles faced by an individual claiming citizenship on the basis of maternal lineage.

Mark Donald Benner was born in the United States of America on August 29, 1962. At the time of his birth, his parents were married, with his mother holding Canadian citizenship and his father being an American citizen. Mr. Benner was separated from his parents during childhood, growing up in California. Having located his mother, who was then living in Toronto, Mr. Benner entered Canada on October 10, 1986. Pursuant to paragraph 27(2)(f) of the *Immigra-*

de filiation maternelle sont tenus à des conditions procédurales auxquelles ne sont pas soumis les demandeurs de filiation paternelle, mais ils risquent encore le refus d'octroi de citoyenneté, que ne connaissent pas ces derniers. Cet état de choses découle du principe, tel que l'explique l'avocat représentant la Couronne, que l'enfant du mariage hérite sa nationalité de son père et non de sa mère, principe éminemment sexiste au regard des normes modernes bien qu'il ne le parût peut-être pas par le passé.

Il ressort des dispositions susmentionnées que pour les personnes nées avant 1977, il y a maintenant au Canada deux régimes de citoyenneté distincts: l'un est réservé à ceux qui se réclament de leur filiation paternelle, l'autre, à ceux qui se réclament de leur filiation maternelle. Ces derniers sont soumis à un processus plus rigoureux, avec des conditions plus difficiles et des implications plus graves que pour les premiers.

Il échet donc principalement d'examiner si, dans ce cas d'espèce, ces distinctions valent discrimination interdite par le paragraphe 15(1) et, dans l'affirmative, si cette discrimination peut se justifier au regard de l'article premier de la Charte. Il y a aussi la question préalable, fort importante, de savoir si la Charte est d'application rétroactive ou non.

LES FAITS DE LA CAUSE

C'est par des voies indirectes et compliquées que l'appelant a cherché à faire instruire sa demande de citoyenneté canadienne. Nombre de détails n'ont aucun rapport direct avec la solution de l'affaire, mais ils permettent de comprendre les obstacles administratifs auxquels pourrait se heurter quelqu'un qui se réclame de sa filiation maternelle pour demander la citoyenneté.

Mark Donald Benner est né le 29 août 1962 aux États-Unis. Au moment de sa naissance, ses père et mère étaient mariés l'un à l'autre, sa mère étant citoyenne canadienne et son père, citoyen des États-Unis. M. Benner fut séparé de ses parents pendant son enfance et il a grandi en Californie. Ayant retrouvé sa mère qui vivait à l'époque à Toronto, il est entré au Canada le 10 octobre 1986. Conformément à l'alinéa 27(2)f) de la *Loi sur l'immigration*

tion Act [S.C. 1976-77, c. 52], an inquiry into his status in Canada was commenced on July 9, 1987 but was interrupted by a claim for Canadian citizenship by Mr. Benner. The immigration inquiry was adjourned under section 43 (now section 41 [R.S.C., 1985, c. I-2]) of the *Immigration Act*.

Pursuant to paragraph 5(2)(b) of the *Citizenship Act*, Mr. Benner applied for citizenship to the Court of Canadian Citizenship on September 24, 1987. Apparently, Mr. Benner did not pay the required fee, did not provide an original or certified copy of his mother's birth certificate, and failed to submit a photograph of himself as prescribed by the *Citizenship Regulations*. As a result, when the notification of adjournment of immigration inquiry to verify claim of citizenship was forwarded to the Citizenship Court by Employment and Immigration Canada on November 19, 1987, Mr. Benner did not appear on the Citizenship Registration Index. The Secretary of State subsequently extended the time period for Mr. Benner to complete his citizenship application. However, absent verification of Mr. Benner's citizenship, the immigration inquiry was resumed six months after its adjournment, as required by subsection 44(2) (now subsection 42(2)) of the *Immigration Act*. The Adjudicator issued a deportation order against Mr. Benner on January 27, 1988.

On October 27, 1988, Mr. Benner completed his application for Canadian citizenship by paying the stipulated fee and submitting the necessary documentation to the Citizenship Court. At the same time, Mr. Benner appealed to this Court to have the outstanding deportation order set aside. On November 3, 1988, Mr. Justice Mahoney [(1988), 93 N.R. 250 (F.C.A.)] set aside that order, clearing away any potential obstacles to allowing Mr. Benner to have his citizenship claim processed.

During the processing of Mr. Benner's citizenship application, a criminal clearance procedure for maternal lineage applicants, in accordance with sections 19, 20, and 22, revealed that the appellant had run afoul of the law on several occasions. It must be recalled that this criminal clearance procedure is not statutorily required for those registering on the basis

[S.C. 1976-77, ch. 52], une enquête sur son statut au Canada s'est ouverte le 9 juillet 1987, mais, en application de l'article 43 (l'article 41 actuel [L.R.C. (1985), ch. I-2]) de la *Loi sur l'immigration*, elle a été suspendue par suite d'une revendication de citoyenneté canadienne de la part de M. Benner.

M. Benner s'est adressé à la Cour de la citoyenneté canadienne le 24 septembre 1987, en application de l'alinéa 5(2)b) de la *Loi sur la citoyenneté*. Il appert qu'il n'a pas versé les droits réglementaires, et n'a produit ni l'original ou une copie certifiée du certificat de naissance de sa mère ni sa propre photographie, autant de conditions prévues au *Règlement sur la citoyenneté*. Il s'ensuit que lorsque Emploi et Immigration Canada envoya le 19 novembre 1987 à la Cour de la citoyenneté l'avis d'ajournement de l'enquête de l'immigration pour vérification de la revendication de la citoyenneté canadienne, le nom de M. Benner n'apparaissait pas à l'index d'enregistrement de la citoyenneté. Par la suite, le secrétaire d'État a prorogé le délai de constitution du dossier pour que M. Benner pût compléter sa demande de citoyenneté. Cependant, la revendication de la citoyenneté ne pouvant être vérifiée, l'enquête de l'immigration a repris six mois après la suspension, conformément au paragraphe 44(2) (le paragraphe 42(2) actuel) de la *Loi sur l'immigration*. Le 27 janvier 1988, l'arbitre a rendu une ordonnance d'expulsion contre M. Benner.

Le 27 octobre 1988, M. Benner a parfait sa demande de citoyenneté en versant les droits réglementaires et produisant la documentation nécessaire à la Cour de la citoyenneté. Dans le même temps, il a interjeté appel devant cette Cour de la mesure d'expulsion qui était pendante. Le 3 novembre 1988, le juge Mahoney [(1988), 93 N.R. 250 (C.A.F.)] a annulé cette ordonnance, levant ainsi tous les obstacles qui pourraient s'opposer à l'instruction de la demande de citoyenneté de M. Benner.

Dans le cours de l'instruction de cette demande, les recherches sur le casier judiciaire, faites en application des articles 19, 20 et 22 à l'égard des demandeurs de filiation maternelle, révélèrent que l'appellant avait eu des démêlés avec la justice à plusieurs reprises. Il y a lieu de rappeler que la loi n'impose pas la vérification des antécédents judiciaires à

of paternal lineage. Between May and August 1989, the following information was brought to light concerning Mr. Benner's record:

- 1) Conviction of theft over \$1,000 (subsequently appealed and withdrawn by the Crown);
- 2) Outstanding charge for second degree murder;
- 3) Outstanding charge for obstructing justice and personation;
- 4) Four outstanding warrants for committal.

On August 31, 1989, the Registrar of Canadian Citizenship advised Mr. Benner that the file evidence appeared to prohibit his application by virtue of section 22 of the *Citizenship Act*. The Registrar indicated that the application would be held in abeyance for thirty days in order to permit Mr. Benner to demonstrate that he was not prohibited from being granted Canadian citizenship. Since no reply was received from Mr. Benner, on October 17, 1989, the Registrar informed him that his application for Canadian citizenship, under paragraph 5(2)(b) of the *Citizenship Act*, was rejected in accordance with section 22 of the Act. (Although in no way relevant to these proceedings, the Court was informed that Mr. Benner was convicted of manslaughter and is serving a sentence of three years, which will be completed in December, 1993. In addition, a removal order has also now been made against the appellant following his conviction.)

Mr. Benner appealed the Registrar's decision to the Trial Division, challenging the validity of the paragraphs 3(1)(e) and 5(2)(b) and section 22 of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 and section 20 of the *Citizenship Regulations* dealing with the citizenship of children born outside of Canada to mothers who were, at the time of birth, Canadian citizens. His appeal was dismissed on July 9, 1991 and he has now appealed to this Court.

THE RETROSPECTIVITY/PROSPECTIVITY OF THE CHARTER

The Trial Judge was of the view that Mr. Benner was seeking retrospective application of section 15 of the Charter, and explained [at pages 787-789]:

l'égard de ceux qui se réclament de leur filiation paternelle. Entre mai et août 1989, les informations suivantes ont été révélées au sujet des antécédents de M. Benner:

- 1) Condamnation pour vol au-dessus de 1 000 \$ (verdict subseqüemment porté en appel et désistement de la Couronne);
- 2) Inculpation pendante de meurtre au deuxième degré;
- 3) Inculpation pendante d'entrave à la justice et de supposition de personne;
- 4) Quatre mandats de dépôt pendants.

Le 31 août 1989, le greffier de la citoyenneté canadienne informa M. Benner que les preuves versées au dossier interdisaient l'instruction de sa demande par application de l'article 22 de la *Loi sur la citoyenneté*, mais que cette demande serait gardée en suspens pendant 30 jours pour lui permettre de démontrer qu'il n'était pas inadmissible à la citoyenneté canadienne. M. Benner ne donnant pas de réponse, le greffier l'informa le 17 octobre 1989 que la demande de citoyenneté canadienne qu'il faisait sous le régime de l'alinéa 5(2)(b) de la *Loi sur la citoyenneté* avait été rejetée conformément à l'article 22 de cette Loi. (Bien que cela n'ait aucun rapport avec l'instance, la Cour a été informée que M. Benner avait été par la suite déclaré coupable d'homicide involontaire et condamné à une peine d'emprisonnement de trois ans, qui sera purgée en décembre 1993. En outre, une mesure de renvoi a été prise contre l'appelant à la suite de sa condamnation.)

M. Benner porta la décision du greffier en appel devant la Section de première instance, pour contester la validité des alinéas 3(1)(e) et 5(2)(b) et de l'article 22 de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, ainsi que de l'article 20 du *Règlement sur la citoyenneté*, relatifs à la nationalité des personnes nées à l'étranger de mères canadiennes. Son recours ayant été rejeté le 9 juillet 1991, il a interjeté appel devant la Cour.

LA CHARTE EST-ELLE RÉTROACTIVE OU PROSPECTIVE?

Le juge de première instance, estimant que M. Benner concluait à l'application rétroactive de l'article 15 de la Charte, s'est prononcé en ces termes [aux pages 787 à 789]:

I am not convinced that the Charter is applicable here.

Je ne suis pas convaincu que la Charte s'applique en l'espèce.

In essence, the applicant is asking this Court to consider whether the preferential treatment accorded to individuals born outside Canada between January 1, 1946 and February 15, 1977 to Canadian mothers (in wedlock) goes far enough to comply with rights currently recognized by the Charter. There is no question that the extension of the entitlement to claim citizenship through parental heritage since the effective date of the 1977 *Citizenship Act* is not contrary to the Charter. What is at issue, however, is the extent of the rights granted retroactively to those individuals not covered by the repealed 1947 *Citizenship Act* which was effective until February 15, 1977.

Essentiellement, le requérant demande à cette Cour de déterminer si le traitement préférentiel accordé aux personnes nées à l'étranger entre le 1^{er} janvier 1946 et le 15 février 1977 du mariage de leur mère canadienne va suffisamment loin pour respecter les droits actuellement reconnus par la Charte. Il ne fait aucun doute que l'extension du droit d'un individu depuis la date d'entrée en vigueur de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977, de réclamer la citoyenneté canadienne en raison de ses antécédents parentaux n'est pas contraire à la Charte. Ce qui est contesté, toutefois, c'est l'étendue des droits accordés rétroactivement aux personnes non visées par la *Loi sur la citoyenneté* de 1947, abrogée, qui s'appliquait jusqu'au 15 février 1977.

The Charter is clearly not intended to apply retrospectively and subsection 15(1) particularly was not intended to have effect until April 17, 1985 . . . Although I could agree that a continuing discriminatory practice under section 15 would generally not involve a retrospective application of the Charter, on these facts, a continuing discriminatory practice does not exist. In fact, the allegedly discriminatory practice was clearly rectified effective February 14, 1977.

Il est clair que la Charte n'est pas censée s'appliquer rétroactivement et que le paragraphe 15(1) en particulier ne devait pas avoir effet avant le 17 avril 1985 . . . Bien que je puisse convenir qu'une pratique discriminatoire continue visée à l'article 15 n'impliquerait généralement pas l'application rétrospective de la Charte, selon les faits de l'espèce, il n'y a pas pratique discriminatoire continue. De fait, la pratique discriminatoire alléguée a clairement été rectifiée à partir du 14 février 1977.

This application should, therefore, be dismissed.

La demande devrait par conséquent être rejetée.

It appears from this passage that the Trial Judge understood the appellant to be challenging the treatment of the maternal lineage applicants prior to 1977, which would have required retrospective application of section 15 of the Charter. With respect, however, that is not the claim raised by the appellant in this case. Rather, the appellant maintains that the 1977 *Citizenship Act* is currently discriminatory and that the Act had a discriminatory effect on him on October 17, 1989, when he was denied Canadian citizenship. The Trial Judge did not consider this argument; rather, he simply assumed that the 1977 *Citizenship Act* is not discriminatory. Indeed, the Trial Judge stated that, as of February 15, 1977, the new Act rectified what he referred to as the "allegedly discriminatory practice" under the previous Act.

Le ressort du passage ci-dessus que selon le juge de première instance, l'appellant attaque le traitement réservé aux personnes qui revendiquaient la citoyenneté canadienne en se réclamant de leur filiation maternelle avant 1977, et son attaque présuppose l'application rétroactive de l'article 15 de la Charte. Telle n'est cependant pas la conclusion de l'appellant en l'espèce. Au contraire, il soutient que la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 est actuellement discriminatoire et qu'elle avait un effet discriminatoire à son égard le 17 octobre 1989, le jour où il s'est vu refuser la citoyenneté canadienne. Le juge de première instance n'a pas considéré cet argument, mais s'est contenté de présumer que la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 n'est pas discriminatoire. En fait, il a conclu qu'à la date du 15 février 1977, la nouvelle Loi a remédié à ce qu'il appelait la «pratique discriminatoire alléguée» sous le régime de l'ancienne Loi.

Regardless of whether the Trial Judge is correct on this point, his focus on the old Act is misplaced. The appellant did not apply for citizenship under the 1947 Act and did not allege that he was treated discriminatorily under that Act. If that were the case, it is likely that the argument about retroactivity would have

Que le juge de première instance ait raison ou non sur ce point, il n'aurait pas dû focaliser son attention sur l'ancienne Loi. L'appellant ne demandait pas la citoyenneté en application de la Loi de 1947, ni ne prétendait qu'il faisait l'objet d'un traitement discriminatoire sous son régime. Cela eût-il été le cas, il est

been conceded. On the contrary, the appellant's claim is based exclusively on the treatment he received in 1989 under the current *Citizenship Act*. It is this treatment and the status of the 1977 Act that is the subject of this appeal, not the 1947 Act.

The Supreme Court has now addressed the issues of retrospectivity and retroactivity of the Charter on a number of occasions. Before turning to the jurisprudence, though, it may be helpful to distinguish these two concepts. The classic description of the differences between retroactivity and retrospectivity was set out in Driedger, "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 264, at pages 268-269:

A retroactive statute is one that operates as of a time prior to its enactment. A retrospective statute is one that operates for the future only. It is prospective, but it imposes new results in respect of a past event. A retroactive statute *operates backwards*. A retrospective statute *operates forwards*, but it looks backwards in that it attaches new consequences *for the future* to an event that took place before the statute was enacted. A retroactive statute changes the law from what it was; a retrospective statute changes the law from what it otherwise would be with respect to a prior event.

When reading this helpful description, it must be remembered that Professor Driedger was referring to statutes and not to the Constitution. The issue of retrospectivity is more complicated in a Charter setting because the law, and not just the facts, is subject to the Charter.

The Supreme Court has made it clear that, in appropriate circumstances, the Charter does apply in a manner that may be described as retrospective, although that is not really the case. This is so particularly where there is continuing discrimination or an ongoing discriminatory effect. In *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, at pages 625-627, Madam Justice Wilson made the following comments about the retrospective application of the Charter:

Under both the majority and the minority formulation in *Stevens* the crucial question becomes: what is the event which is alleged to be in contravention of the *Charter*?

probable que l'argument de rétroactivité eût été accueilli. Au contraire, les conclusions de l'appelant sont exclusivement fondées sur le traitement dont il faisait l'objet en 1989 sous le régime de l'actuelle *Loi sur la citoyenneté*. C'est ce traitement et le statut de la Loi de 1977 qui sont visés dans cet appel, non pas la Loi de 1947.

La Cour suprême s'est prononcée à diverses reprises sur la question de l'application rétrospective ou rétroactive de la Charte. Mais avant d'évoquer la jurisprudence, il serait utile de bien distinguer ces deux concepts. La distinction classique entre rétroactivité et application rétrospective est expliquée dans l'article de Driedger, «Statutes: Retroactive Retrospective Reflections» (1978), 56 *R. du B. Can.* 264, aux pages 268 et 269:

[TRADUCTION] Une loi rétroactive est une loi dont l'application s'étend à une époque antérieure à son adoption. Une loi rétrospective ne dispose qu'à l'égard de l'avenir. Elle vise l'avenir, mais elle impose de nouvelles conséquences à l'égard d'événements passés. Une loi rétroactive *agit à l'égard du passé*. Une loi rétrospective *agit pour l'avenir*, mais elle jette aussi un regard vers le passé en ce sens qu'elle attache de nouvelles conséquences à l'*avenir* à l'égard d'un événement qui a eu lieu avant l'adoption de la loi. Une loi rétroactive modifie la loi par rapport à ce qu'elle était; une loi rétrospective rend la loi différente de ce qu'elle serait autrement à l'égard d'un événement antérieur.

Il ne faut pas oublier à la lecture de cette utile explication que le professeur Driedger parlait des lois et non de la Constitution. La question de l'effet rétrospectif est plus compliqué lorsqu'il s'agit de la Charte, parce que ce sont les lois elles-mêmes, et non seulement les faits, qui lui sont subordonnées.

La Cour suprême a conclu catégoriquement que, le cas échéant, la Charte s'applique effectivement d'une manière qu'on peut qualifier de rétrospective, bien que ce ne soit pas réellement le cas. Il en est ainsi en particulier s'il y a discrimination continue ou effet discriminatoire continu. Dans *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, aux pages 625 à 627, Madame le juge Wilson a fait cette observation au sujet de l'application rétrospective de la Charte:

Selon la formulation tant des juges formant la majorité que de ceux formant la minorité dans l'arrêt *Stevens*, la question cruciale devient: quel est l'événement qui serait contraire à la *Charte*? À quel moment l'événement qui porte atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne se produit-il?

In approaching this crucial question it seems to me preferable for the courts to avoid an all or nothing approach which artificially divides the chronology of events into the mutually exclusive categories of pre and post-*Charter*. Frequently an alleged current violation will have to be placed in the context of its pre-*Charter* history in order to be fully appreciated.

Charter standards cannot be applied to events occurring before its proclamation but it would be folly, in my view, to exclude from the Court's consideration crucial pre-*Charter* history.

A constitutional remedy to be fully appropriate and just may have to take into account pre-*Charter* events.

Another crucial consideration will be the nature of the particular constitutional right alleged to be violated. I would agree with the statement of Borins Co. Ct. J. in *R. v. Dickson and Corman* (1982), 3 C.C.C. (3d) 23, at p. 29:

Indeed, it may be that the Constitution defies strict doctrinal characterization as either exclusively retroactive, retrospective or prospective legislation for, as I suggested in the preceding paragraph, different facts may produce different interpretations. The operation of the Constitution in different cases will no doubt involve quite different considerations.

Such an approach seems to me to be consistent with our general purposive approach to the interpretation of constitutional rights. Different rights and freedoms, depending on their purpose and the interests they are meant to protect, will crystallize and protect the individual at different times. Our previous decisions on the retrospective application of the *Charter* are consistent with an approach which pays attention to differences in the purposes of the relevant rights and freedoms. For example, procedural rights will crystallize at the time of the process: *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181. Rights against unreasonable searches and seizures will crystallize at the time of the search and seizure: *R. v. James*, [1988] 1 S.C.R. 669. Substantive guarantees that the accused receive the benefit of his or her subjective mistake of fact crystallize at the time the offence was committed: *R. v. Stevens, supra*. The right against the introduction of self-incriminating evidence is sought to be introduced in a proceeding even although the testimony was originally provided well before the *Charter* came into force: *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350.

Wilson J. continued at page 628 to address section 15 in particular:

Some rights and freedoms in the *Charter* seem to me to be particularly susceptible of current application even although

En abordant cette question, il me semble préférable que les tribunaux évitent d'adopter l'approche tout ou rien qui divise artificiellement la chronologie des événements dans les catégories mutuellement exclusives d'avant et d'après la *Charte*. Pour l'évaluer pleinement, il faut souvent replacer une prétendue violation actuelle de la *Charte* dans le contexte des événements qui lui ont donné naissance avant la *Charte*.

Les normes de la *Charte* ne peuvent s'appliquer à des événements qui se sont produits avant sa proclamation, mais ce serait folie, à mon avis, de soustraire à l'examen du tribunal des événements cruciaux antérieurs à la *Charte*.

Il se peut qu'une réparation fondée sur la Constitution, pour être vraiment convenable et juste, doive tenir compte d'événements antérieurs à la *Charte*.

Une autre considération cruciale est la nature du droit constitutionnel particulier qui serait violé. Je suis d'accord avec l'affirmation du juge Borins de la Cour de comté, dans la décision *R. v. Dickson and Corman* (1982), 3 C.C.C. (3d) 23, à la p. 29:

[TRADUCTION] En vérité, il se peut que la Constitution défie toute qualification doctrinale stricte comme étant une loi exclusivement rétroactive, rétrospective ou prospective car, comme je l'ai laissé entendre dans le paragraphe précédent, des faits différents peuvent engendrer des interprétations différentes. La façon dont la Constitution s'applique dans différentes affaires fera sans aucun doute entrer en ligne de compte des considérations fort différentes.

Ce point de vue me semble conforme à la façon générale d'interpréter les droits constitutionnels, qui consiste à examiner l'objet visé. Des droits et des libertés différents, selon leur objet et les intérêts qu'ils visent à protéger, se cristalliseront et protégeront l'individu à différents moments. Nos décisions antérieures sur l'application rétroactive de la *Charte* sont compatibles avec un point de vue qui tient compte des différences d'objet des droits et libertés applicables. Par exemple, les droits en matière de procédure se cristallisent au moment où la procédure se déroule: *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181. Les droits à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives se cristallisent au moment de la fouille, de la perquisition ou de la saisie en question: *R. c. James*, [1988] 1 R.C.S. 669. Les garanties, sur le plan du fond, que l'inculpé profite de son erreur de fait subjective se cristallise au moment où l'infraction est commise: *R. c. Stevens*, précité. Le droit à la protection contre l'utilisation d'un témoignage auto-incriminant se cristallise au moment où l'on cherche à utiliser ce témoignage dans une instance même si, à l'origine, il a été donné bien avant l'entrée en vigueur de la *Charte*: *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350.

Et, en page 628, cette conclusion au sujet de l'article 15 en particulier:

Certains droits et certaines libertés contenus dans la *Charte* me semblent particulièrement susceptibles d'être appliqués

such application will of necessity take cognizance of pre-Charter events. Those Charter rights the purpose of which is to prohibit certain conditions or states of affairs would appear to fall into this category. Such rights are not designed to protect against discrete events but rather to protect against an ongoing condition or state of affairs. Pre-trial delay under s. 11(b) is a good example . . . Section 15 may also fall into this category. Morden J.A. recognized in *Re McDonald and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 330 (Ont. C.A.) that there was such a thing as a continuing discriminatory practice under s. 15 of the Charter.

Thus, before we even get to the issue of whether this case involves an "ongoing condition or state of affairs", we must determine whether the relevant events would even involve the retrospective operation of section 15 of the Charter. Is the appellant actually seeking retrospective application of the Charter or is he merely seeking an application of the Charter that involves "cognizance of pre-Charter events"? To answer this question, we must identify the relevant event and then determine, on the facts of this case, when the appellant's section 15 right to equality crystallized.

The determination of when a right crystallizes was considered in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, where the Crown introduced into a proceeding subsequent to the coming into force of the Charter, testimony given in a proceeding prior to the coming into force of the Charter. In discussing whether the right in section 13 of the Charter not to have previous testimony used against someone applied to Mr. Dubois' case, Lamer J. (as he then was) stated at pages 359-360:

The fact of having given previous testimony is no more than a requisite for the operation of s. 13. To quote Martin J.A. in *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97 at pp. 102-03:

An enactment does not, however, operate retrospectively because a part of the requisites for its operation is drawn from a time antecedent to its coming into force, nor because it takes into account past events: . . .

As section 13 guarantees the right of a person against self-incrimination, rather than the rights of a witness giving testimony, it inures to an individual only at the moment an attempt is made to use previous testimony to incriminate its author. Since in this case the attempt to use Dubois' previous testi-

actuellement même si cette application oblige nécessairement à prendre connaissance d'événements antérieurs à la Charte. Les droits garantis par la Charte qui ont pour objet d'interdire certaines conditions ou situations sembleraient relever de cette catégorie. De tels droits visent à protéger non pas contre des événements précis et isolés, mais plutôt contre des conditions ou une situation en cours. La question du délai avant le procès, aux termes de l'al. 11b), en est un bon exemple . . . L'article 15 peut aussi relever de cette catégorie. Le juge Morden a reconnu, dans l'arrêt *Re McDonald and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 330 (C.A. Ont.), qu'une pratique discriminatoire continue, cela existe et relève de l'art. 15 de la Charte.

Donc, avant d'examiner si la cause en instance concerne «des conditions ou une situation en cours», il nous faut examiner si les événements dont s'agit appellent l'application rétroactive de l'article 15 de la Charte. L'appelant conclut-il réellement à l'application rétroactive de la Charte ou seulement à une application qui tiennent compte des «événements antérieurs à la Charte»? Pour répondre à cette question, il nous faut identifier l'événement pertinent puis décider, eu égard aux faits de la cause, à quel moment le droit à l'égalité de l'appelant, que lui garantit l'article 15, s'est cristallisé.

La question de savoir à quel moment un droit se cristallise a été examinée dans *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, affaire dans laquelle la Couronne a produit, dans une instance postérieure à la date d'entrée en vigueur de la Charte, un témoignage donné au cours d'une procédure antérieure à cette date. Examinant si le droit, que garantit l'article 13 de la Charte, d'être protégé contre les témoignages incriminants antérieurs n'a pas été violé dans le cas de M. Dubois, le juge Lamer (tel était son titre à l'époque), s'est prononcé en ces termes en pages 359 et 360:

L'existence d'un témoignage antérieur n'est rien de plus qu'une condition requise pour l'application de l'art. 13. Pour citer le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97 aux pp. 102 et 103:

[TRADUCTION] Toutefois, une disposition législative ne s'applique pas rétroactivement parce qu'une partie des conditions requises pour son application est tirée d'une période précédant son entrée en vigueur ni parce qu'elle tient compte d'événements passés: . . .

Comme l'article 13 garantit le droit d'une personne contre l'auto-incrimination, plutôt que les droits d'un témoin qui dépose, il ne s'applique à un individu qu'au moment où l'on tente d'utiliser un témoignage antérieur pour incriminer son auteur. Étant donné qu'en l'espèce on a tenté d'utiliser le

mony occurred after the coming into force of the *Charter*, there arises no issue of retrospectivity.

In other words, whether the Charter is being applied retrospectively depends upon what is determined to be the relevant event and whether that event occurred prior to the coming into force of the Charter.

In this case, the respondent argues that the birth of the appellant is the relevant date since that is the date that Mr. Benner's citizenship was originally determined. The appellant, however, contends that the date on which his citizenship application was denied is the relevant date. It is true that the appellant's citizenship was originally determined on the date on which the appellant was born, August 29, 1962. However, the appellant is not seeking to have his citizenship changed retroactive to August 29, 1962. The 1977 *Citizenship Act* does not provide for a retroactive change to an individual's citizenship and the appellant does not challenge that. Nor does he contest his citizenship on that date; he accepts that he was then, and remains today, an American citizen. Instead, the appellant applied on October 17, 1989 to obtain Canadian citizenship. The fact that Mr. Benner was not a Canadian citizen prior to 1989 is indirectly relevant to his application for citizenship in 1989 in so far as it explains why he was applying. The status of his citizenship prior to 1989 has no more relevance than that, however, since the appellant is not contending that he was unjustly denied citizenship at any time prior to 1989. Accordingly, while the Court may be cognizant of the appellant's citizenship at birth, that fact is not the relevant event for the purpose of determining whether the Charter is being applied retrospectively. The relevant event must, instead, be the rejection of Mr. Benner's citizenship application on October 17, 1989. That is when he claims his right to equality was violated and that is when his right to equality crystallized. I am in agreement with this. Applying the Charter to that event, therefore, does not entail the retrospective operation of the Charter.

Just as the event in question does not attract retrospective application of the Charter, so too, applying the Charter to the relevant law does not involve retrospective application of the Charter. The current *Citizenship Act* came into force on February 15, 1977, was in force in 1985 when section 15 of the Charter came into effect, and remains in force. The 1977 *Citi-*

témoignage antérieur de Dubois après l'entrée en vigueur de la *Charte*, la question de la rétroactivité ne se pose pas.

En d'autres termes, que la Charte s'applique rétroactivement ou non, cela dépend du fait en cause et de la question de savoir si ce fait s'est produit avant son entrée en vigueur.

En l'espèce, l'intimé soutient que la date de naissance de l'appelant est la date déterminante, puisque c'est à cette date que M. Benner acquit sa nationalité d'origine. L'appelant soutient de son côté que la date du rejet de sa demande de citoyenneté est celle qui compte. Certes la nationalité d'origine de l'appelant fut déterminée à sa naissance, le 29 août 1962, mais il ne revendique pas la citoyenneté rétroactivement à cette date. La *Loi sur la citoyenneté* de 1977 ne prévoit pas le changement rétroactif de citoyenneté, ce que ne conteste pas l'appelant. Il ne conteste pas non plus sa citoyenneté à cette date; il reconnaît qu'il était alors, et demeure aujourd'hui, citoyen américain. Ce qu'il a fait, c'était de demander, le 17 octobre 1989, la citoyenneté canadienne. Le fait que M. Benner n'était pas citoyen canadien avant 1989 a un rapport indirect avec sa demande de citoyenneté faite en 1989, dans la mesure où il explique pourquoi il a fait cette demande. C'est là la seule signification de sa nationalité d'avant 1989, puisqu'il ne dit pas qu'il s'est vu injustement refuser la citoyenneté canadienne à quelque moment que ce fût avant 1989. Donc, si la Cour peut bien prendre acte de la nationalité de l'appelant à sa naissance, il ne s'agit pas là d'un facteur à prendre en considération pour examiner si la Charte s'applique rétroactivement. L'événement déterminant doit être au contraire le rejet, le 17 octobre 1989, de la demande de citoyenneté de M. Benner. C'est à ce moment-là que son droit à l'égalité s'est cristallisé et aurait été, à ses dires, violé. J'en conviens. En conséquence, appliquer la Charte à cet événement ne signifierait pas qu'elle rétroagit.

De même que l'événement en question n'implique pas application rétroactive de la Charte, de même appliquer la Charte aux règles de droit en cause ne signifie pas qu'elle rétroagit. L'actuelle *Loi sur la citoyenneté* est entrée en vigueur le 15 février 1977; elle s'appliquait en 1985 au moment de l'entrée en vigueur de l'article 15 de la Charte, et elle s'applique

zenship Act is, therefore, subject to Charter scrutiny today. It is this Act—specifically paragraphs 3(1)(e) and 5(2)(b) and section 22 as well as section 20 of the *Citizenship Regulations*—that the appellant now challenges. Assessing the validity of the provisions of an existing statute—the *Citizenship Act*—does not involve retrospective application of section 15 of the Charter. This is especially true where, as I have indicated is the case here, the validity of the legislation is called into question as a result of treatment under that statute after the coming into force of section 15 on April 17, 1985. This case, therefore, is not a case of retrospective operation of the Charter. Accordingly, the Charter issues must be addressed in this case.

SUBSECTION 15(1)

The appellant relies on subsection 15(1) of the Charter to challenge the validity of paragraphs 3(1)(e) and 5(2)(b) and section 22 of the 1977 *Citizenship Act* and section 20 of the *Citizenship Regulations*. Subsection 15(1) of the Charter provides:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

The proper approach to this subsection was summarized by Chief Justice Lamer in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at page 992:

The court must first determine whether the claimant has shown that one of the four basic equality rights has been denied (i.e., equality before the law, equality under the law, equal protection of the law and equal benefit of the law). This inquiry will focus largely on whether the law has drawn a distinction (intentionally or otherwise) between the claimant and others, based on personal characteristics. Next, the court must determine whether the denial can be said to result in “discrimination”. This second inquiry will focus largely on whether the differential treatment has the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others. Furthermore, in determining whether the claimant’s s. 15(1) rights have been infringed, the court must consider whether the personal characteristic in question falls within the grounds enumerated in the section or within an analogous ground, so as to ensure that the claim fits with the overall purpose of s. 15—namely, to remedy or prevent dis-

à l’heure actuelle. Elle se prête donc en l’espèce à l’analyse au regard de la Charte. C’est cette Loi—plus précisément ses alinéas 3(1)e) et 5(2)b) et son article 22 ainsi que l’article 20 du *Règlement sur la citoyenneté*—que l’appelant conteste. Juger la validité des dispositions d’une loi en vigueur—savoir la *Loi sur la citoyenneté*—ne signifie pas application rétroactive de l’article 15 de la Charte. Cela est d’autant plus vrai dans les cas où, comme en l’espèce, la validité de la loi est remise en question par quelqu’un qui se plaint du traitement dont il fait l’objet sous son régime après l’entrée en vigueur de l’article 15, le 17 avril 1985. Il ne s’agit donc pas d’une application rétroactive de la Charte. En conséquence, les questions soulevées au regard de ce texte doivent être examinées en l’espèce.

LE PARAGRAPHE 15(1)

L’appelant se fonde sur le paragraphe 15(1) de la Charte pour contester la validité des alinéas 3(1)e) et 5(2)b) et de l’article 22 de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 ainsi que de l’article 20 du *Règlement sur la citoyenneté*. Le paragraphe 15(1) de la Charte porte ce qui suit:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques.

L’application correcte de ce paragraphe a été résumée en ces termes par le juge en chef Lamer dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la page 992:

La cour doit d’abord déterminer si le plaignant a démontré que l’un des quatre droits fondamentaux à l’égalité a été violé (i.e. l’égalité devant la loi, l’égalité dans la loi, la même protection de la loi et le même bénéfice de la loi). Cette analyse portera surtout sur la question de savoir si la loi fait (intentionnellement ou non) entre le plaignant et d’autres personnes une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. Ensuite, la cour doit établir si la violation du droit donne lieu à une «discrimination». Cette seconde analyse portera en grande partie sur la question de savoir si le traitement différent a pour effet d’imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres. De plus, pour déterminer s’il y a eu atteinte aux droits que le par. 15(1) reconnaît au plaignant, la cour doit considérer si la caractéristique personnelle en cause est visée par les motifs énumérés dans cette disposition ou un motif analogue, afin de s’assurer que la plainte correspond à l’objectif

crimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society.

The first issue under section 15 is whether a distinction has been drawn, directly or indirectly, which violates one of the four equality rights. As the legislation described above shows, there has long been differential treatment of citizenship on the basis of maternal lineage rather than paternal lineage. That differential treatment was eliminated as to the future under the 1977 *Citizenship Act*. Nevertheless, that Act, despite its admirable objective of reducing distinctions, establishes a new regime for those born prior to 1977 which continues to distinguish between individuals relying on paternal lineage and those basing their claim on maternal lineage. The procedural requirements for those claiming Canadian citizenship based on maternal lineage are more onerous than the minimal requirements faced by individuals relying on a paternal link. Unlike people founding their claim on paternal lineage, individuals basing their claim for citizenship on maternal lineage risk being denied Canadian citizenship altogether. The *Citizenship Act*, therefore, draws a distinction which denies equality under the law and equal benefit of the law to maternal lineage applicants.

Not every legislative distinction, of course, will violate subsection 15(1); it is only those distinctions that are discriminatory that will be found to contravene that subsection. In order to determine whether a distinction is discriminatory a court must first determine whether the claim fits within the ambit of section 15 by determining whether the relevant distinction is drawn on an enumerated or analogous ground of discrimination.

Counsel for the appellant relied on sex as the relevant ground of discrimination. Sex is among the prohibited grounds of discrimination enumerated in subsection 15(1). It is now accepted that women have been historically, socially, politically and legally disadvantaged in our society. Although numerically women are in the majority in Canada, they are in most other respects a "discrete and insular minority", enduring direct and indirect prejudice and stereotyping. In many different areas of the law, women have, in the past, been assigned an inferior legal status to

général de l'art. 15, c'est-à-dire corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne.

^a La première question à examiner au regard de l'article 15 est de savoir s'il y a eu distinction, intentionnelle ou non, qui porte atteinte à l'un des quatre droits à l'égalité. Il ressort de la législation en cause qu'il y a eu pendant longtemps une différence de traitement en matière de citoyenneté, entre la filiation maternelle et la filiation paternelle. Cette différence de traitement a été éliminée pour l'avenir par la *Loi sur la citoyenneté* de 1977. Il se trouve néanmoins que cette Loi, malgré son objectif admirable qui est de réduire les distinctions, établit, à l'égard des personnes nées avant 1977, un nouveau régime qui continue à distinguer entre ceux qui se réclament de leur filiation paternelle et ceux qui se réclament de leur filiation maternelle. Les conditions de procédure exigées de ces derniers sont plus difficiles que les conditions minimum exigées des premiers, à l'opposé desquels ils risquent de se voir refuser la citoyenneté canadienne. La *Loi sur la citoyenneté* fait donc une distinction qui prive les demandeurs de filiation maternelle de l'égalité dans la loi et du même bénéfice de la loi.

^f Bien entendu, toutes les distinctions faites par la loi ne vont pas à l'encontre du paragraphe 15(1); seules les distinctions discriminatoires seront jugées contraires à cette disposition. Pour examiner si une distinction est discriminatoire, il faut vérifier en premier lieu si la contestation tombe dans le champ d'application de l'article 15 du fait que la distinction tient à l'un des motifs énumérés ou à un motif analogue.

^h L'avocat de l'appelant soutient qu'il y a en l'espèce discrimination sexuelle. Le sexe est l'un des motifs de distinction interdits par le paragraphe 15(1). Il est maintenant reconnu que les femmes ont été traditionnellement désavantagées sur le plan social, politique et juridique dans notre société. Bien qu'elles soient numériquement majoritaires au Canada, elles forment à tous les autres égards une «minorité discrète et isolée», victime de préjugés et de stéréotypes, directs et indirects. Dans nombre de domaines juridiques, elles se sont vu assigner, par le

men. Women were at one time denied standing to sue in tort and contract; they were denied the right to vote; they were denied the legal capacity to be senators; and, until 1977, they were denied the legal right to pass on their citizenship to their children, if married and if the child was born outside of Canada. As we have seen, the right of women to pass on their citizenship to their children born outside of Canada has now been included in the *Citizenship Act* of 1977. However, that Act continues to differentiate between the treatment accorded to children born outside of Canada prior to 1977 depending on the gender of the parent.

In the Court below, the Trial Judge concluded that the *Citizenship Act* does not discriminate on the basis of sex [at pages 794-795]:

Therefore, although a "distinction" exists between the group of individuals previously entitled to preferential citizenship status before February 14, 1977 and those who were conferred a more limited right to preferred citizenship if born before the effective date of the new legislation, this distinction is not based upon the personal characteristics of the individuals. Rather, it is based on their merits and capacities and, in any event, it cannot be said that it is based on irrelevant personal differences.

The applicant and all others subject to paragraph 5(2)(b) are treated equally be they male, female, married or unmarried. The only distinction that they share is that they were born prior to February 14, 1977 and that they were not granted a preferred status under the previous citizenship legislation.

This description, though, omits the fact that the appellant and all others subject to paragraph 5(2)(b) are relying on maternal lineage as a basis for claiming Canadian citizenship. Individuals basing a claim for Canadian citizenship on paternal lineage are covered by paragraph 3(1)(e) and are not subject to paragraph 5(2)(b) and the additional requirements attaching to that paragraph. By omitting this key fact, the Trial Judge fails to recognize that the sex of the appellant's parent is a determining criteria distinguishing the appellant and all others subject to paragraph 5(2)(b) from other claimants.

The Trial Judge's description does highlight the fact that, while the *Citizenship Act* differentiates in its

passé, un statut inférieur à celui des hommes. Elles n'étaient jadis pas habiles à agir en justice en matière délictuelle ou contractuelle, n'avaient pas droit de vote, n'étaient pas admissibles à devenir sénateurs et, jusqu'en 1977, n'étaient pas habilitées par la loi à transmettre leur nationalité à leurs enfants, dans le cas de la femme mariée à un étranger et donnant naissance à son enfant à l'étranger. Comme nous l'avons vu, la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 prévoit maintenant le droit pour elles de transmettre leur nationalité à leurs enfants nés à l'étranger. Cette Loi maintient cependant la différence de traitement à l'égard des enfants nés à l'étranger avant 1977, selon qu'ils étaient nés de père canadien ou de mère canadienne.

En l'espèce, le juge de première instance a conclu que la *Loi sur la citoyenneté* n'opère pas discrimination sexuelle [aux pages 794 et 795]:

Par conséquent, bien qu'il existe une «distinction» entre le groupe de personnes qui avaient auparavant droit d'obtenir la citoyenneté de façon préférentielle avant le 14 février 1977 et ceux à qui on a conféré un droit préférentiel plus restreint à la citoyenneté s'ils sont nés avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, cette distinction n'est pas fondée sur les caractéristiques personnelles des individus concernés. Elle tient plutôt à leurs mérites et à leurs capacités et, en tout état de cause, on ne saurait dire qu'elle s'appuie sur des distinctions personnelles non pertinentes.

Le requérant aussi bien que toutes les autres personnes visées par l'alinéa 5(2)(b) sont traitées de façon égale, qu'elles soient du sexe masculin ou féminin, mariées ou célibataires. La seule caractéristique qu'elles ont en commun, c'est qu'elles sont nées avant le 14 février 1977 et qu'on ne leur avait pas accordé un statut préférentiel sous le régime de la loi sur la citoyenneté antérieure.

Il se trouve cependant que cette analyse passe sous silence le fait que l'appelant et tous ceux qui sont soumis à l'alinéa 5(2)(b) se réclament de leur filiation maternelle pour revendiquer la citoyenneté canadienne. Ceux qui le font en se réclamant de leur filiation paternelle sont régis par l'alinéa 3(1)(e), et ne sont pas soumis à l'alinéa 5(2)(b) ni aux conditions supplémentaires qu'il prévoit. En omettant ce fait crucial, le juge de première instance ne reconnaît pas que le sexe de la mère de l'appelant est un facteur déterminant qui distingue ce dernier et tous ceux qui sont soumis à l'alinéa 5(2)(b) d'une part, et les autres demandeurs, d'autre part.

Il est vrai que l'analyse faite par le juge de première instance met en relief le fait que si la *Loi sur la*

treatment of claimants based on the sex of the claimant's parent, it does not draw a distinction based on the sex of the claimant. Indeed, in the case before us the individual claiming citizenship is male, while the basis for the claim of discrimination is that the Act treats women adversely by restricting or preventing them from passing on their citizenship to their children. The question, then, is whether Mr. Benner can properly assert that the *Citizenship Act* discriminates, on the basis of sex, against women whose children are claiming citizenship, in a manner that directly affects him.

It has recently been opined by this Court that a woman whose child was denied Canadian citizenship pursuant to section 22 of the *Citizenship Act* could possibly challenge that section. In *Glynos v. Canada*, [1992] 3 F.C. 691 (C.A.), at page 701, Mr. Justice Décary observed that a woman whose child was denied citizenship under paragraph 5(2)(b) of the *Citizenship Act* "has an interest as a Canadian woman and mother in knowing whether her son can be declared a citizen by birth and in being part of a proceeding seeking a declaration to that effect." It must be acknowledged, though, that where a woman has an interest in a determination of the citizenship of her child, it will be the child who is most directly affected by the additional requirements and potential denial of citizenship resulting from the provisions dealing with maternal lineage applicants. In this situation, the discrimination against the mother is unfairly visited upon the child. This is surely as unjust as if the discrimination were aimed at the child directly. I should emphasize that this is not a case where one individual is attempting to assert the Charter rights of another. This case is brought by an individual claiming to be personally discriminated against as a result of their association with a member of a group—women—subject to discrimination.

While being discriminated against as a result of one's association with someone who is subject to discrimination is not precisely the same as enduring the prejudice and stereotyping directly, it is no more tolerable. It is worthy to note that this view has been

citoyenneté prévoit un traitement différent pour les demandeurs selon qu'ils se réclament de leur filiation paternelle ou de leur filiation maternelle, elle ne fait pas une distinction fondée sur leur sexe. En effet, le demandeur de citoyenneté en l'espèce est de sexe masculin, alors que sa plainte de discrimination est que la Loi en cause réserve aux femmes un traitement défavorable en restreignant ou déniaient leur droit de transmettre leur nationalité à leurs enfants. La question se pose donc de savoir si M. Benner peut affirmer à juste titre que la *Loi sur la citoyenneté* opère discrimination sexuelle contre les femmes dont les enfants revendiquent la citoyenneté, d'une manière qui l'affecte indirectement.

Cette Cour a récemment jugé qu'une femme dont l'enfant s'est vu refuser la citoyenneté canadienne par application de l'article 22 de la *Loi sur la citoyenneté* pourrait contester cette disposition. Dans *Glynos c. Canada*, [1992] 3 C.F. 691 (C.A.), à la page 701, le juge Décary a conclu qu'une femme dont l'enfant s'est vu refuser la citoyenneté par application de l'alinéa 5(2)b) de la *Loi sur la citoyenneté*, a «un intérêt, à titre de femme et de mère canadienne, à savoir si son fils peut être déclaré citoyen de naissance et à prendre part à une procédure visant l'obtention d'un jugement déclaratoire à cet effet». Il y a cependant lieu de noter que si une femme a un intérêt dans la détermination de la nationalité de son enfant, c'est l'enfant lui-même qui est le plus directement affecté par le surcroît de conditions et un refus possible de citoyenneté découlant des dispositions relatives aux demandeurs de filiation maternelle. Dans ce cas, la discrimination contre la mère est injustement portée sur l'enfant. Pareille discrimination est certainement aussi injuste que si elle vise l'enfant directement. Je dois rappeler qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où un individu essaie de faire valoir les droits garantis par la Charte pour quelqu'un d'autre. Cette action a été intentée par un individu qui se dit personnellement victime de discrimination par suite de son association avec un membre d'un groupe—celui des femmes—victime de discrimination.

Si le fait d'être victime de discrimination par association n'est pas la même chose que le fait de souffrir directement des préjugés et des stéréotypes, il n'en est pas moins intolérable. Il convient de noter que cette vue est consacrée à l'article 12 du *Code des*

enshrined in section 12 of the Ontario *Human Rights Code* [R.S.O. 1990, c. H.19], which provides:

DISCRIMINATION BECAUSE OF ASSOCIATION

12. A right under Part I is infringed where the discrimination is because of relationship, association or dealings with a person or persons identified by a prohibited ground of discrimination.

A similar result was reached by this Court in a refugee case, *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314 (C.A.), where a child of a woman suffering persecution as a member of a particular social group—namely women in China who have more than one child and are faced with forced sterilization—was found to face persecution on the same basis as a result of her relationship to her mother. Consistent with these authorities, therefore, I am of the view that the appellant can challenge paragraphs 3(1)(e) and 5(2)(b) and section 22 of the *Citizenship Act* and section 20 of the *Citizenship Regulations* on the basis that those provisions discriminate against him on the basis of sex, contrary to section 15 of the Charter.

It remains to be determined whether the Act and Regulations are, in fact, discriminatory. The definition of discrimination for the purposes of subsection 15(1) was outlined by Mr. Justice McIntyre in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at page 174:

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society.

In applying this definition, the impugned distinction must be reviewed by taking into consideration the circumstances of the affected group (*R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at page 1332). Where a socially, politically, or historically disadvantaged group is adversely affected by a legislative distinction, a finding of discrimination will normally follow relatively automatically. (*Andrews, supra*; *Turpin, supra*; and, *Swain, supra*.) I have already indicated that women are an independently disadvantaged

droits de la personne [L.R.O. 1990, ch. H.19] de l'Ontario, aux termes duquel:

DISCRIMINATION POUR DES RAISONS FONDÉES SUR L'ASSOCIATION

^a 12. Constitue une atteinte à un droit reconnu dans la partie I le fait d'exercer une discrimination fondée sur des rapports, une association ou des activités avec une personne ou un groupe de personnes identifiées par un motif illicite de discrimination.

^b Cette Cour est parvenue à une conclusion semblable dans une affaire de réfugié, *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314 (C.A.), où il a été jugé que l'enfant d'une femme souffrant de persécution en tant que membre d'un groupe social—celui des femmes qui ont plus d'un enfant en Chine et qui sont en proie à la stérilisation forcée—risquait la persécution pour la même raison du fait de sa filiation. Conformément à cette ^c jurisprudence, j'estime que l'appelant peut contester les alinéas 3(1)e) et 5(2)b) et l'article 22 de la *Loi sur la citoyenneté* ainsi que l'article 20 du *Règlement sur la citoyenneté*, par ce motif que ces dispositions opèrent discrimination sexuelle à son égard, en violation ^d de l'article 15 de la Charte.

Reste à examiner si cette Loi et ce Règlement sont en fait discriminatoires. La définition de discrimination au regard du paragraphe 15(1) a été donnée par le juge McIntyre dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la page 174:

^e J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. ^f

^g En appliquant cette définition, il faut examiner la distinction alléguée à la lumière des circonstances du groupe affecté (*R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la page 1332). Si un groupe désavantagé sur le plan social, politique ou historique, pâtit d'une distinction faite par la loi, un verdict de discrimination s'imposera normalement de façon plus ou moins automatique (*Andrews, supra*; *Turpin, supra*; *Swain, supra*). J'ai rappelé que les femmes forment un groupe désavantagé en soi dans notre société. J'ai également

group in our society. I have also shown that the *Citizenship Act* and the *Citizenship Regulations* limit access to Canadian citizenship for individuals relying on maternal lineage, where similar limits are not encountered by individuals basing their claims on paternal lineage. In contrast to men, women who are Canadian citizens are not afforded the same opportunity to pass on their citizenship to their children born outside Canada. This distinction is the result of stereotyping and prejudice against women. The 1947 *Citizenship Act* did not permit women to pass on their citizenship to their children born outside Canada (unless the mother was not married at the time). As the legislative history cited above exhibits, the 1977 *Citizenship Act* was designed to overcome that obvious discrimination.

Despite these good intentions, remnants of the discriminatory treatment of women under the 1947 Act have been continued in the new Act in the form of a separate and more onerous path for acquiring citizenship. In my view, for those born prior to 1977, the double standard that has been established in the 1977 *Citizenship Act* is discriminatory. The scheme in the new Act involves simple registration by those relying on paternal lineage, while for those relying on maternal lineage, the Act demands a complex application process including a requirement of swearing or affirming an oath of citizenship, security checks, criminal record checks and even possible exclusion on the basis of being charged with certain offences. This double standard discriminates against women and is, therefore, contrary to subsection 15(1).

SECTION 1 OF THE CHARTER

Section 1 of the Charter states:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

The basic framework for a section 1 analysis set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 remains in place, but has been elucidated by subsequent decisions. To demonstrate that a limit on a Charter right is reasona-

montré que la *Loi sur la citoyenneté* et le *Règlement sur la citoyenneté* restreignent l'accès à la citoyenneté canadienne à l'égard de ceux qui se réclament de leur filiation maternelle, alors que les mêmes restrictions ne sont pas imposées à ceux qui se réclament de leur filiation paternelle. À l'opposé des hommes, les femmes qui sont citoyennes canadiennes ne jouissent pas du même droit de transmettre leur nationalité à leurs enfants nés à l'étranger. Cette distinction est le fruit des préjugés et des stéréotypes entretenus contre les femmes. La *Loi sur la citoyenneté* de 1947 ne permettait pas aux femmes de transmettre leur nationalité à leurs enfants nés à l'étranger (à moins qu'elles ne fussent célibataires à ce moment-là). Ainsi que le montrent les travaux préparatoires évoqués *supra*, la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 visait à remédier à cette discrimination manifeste.

Malgré ces bonnes intentions, des vestiges du traitement discriminatoire réservé par la Loi de 1947 aux femmes se retrouvent dans la Loi actuelle, sous la forme d'un processus, distinct et plus rigoureux, de revendication de la citoyenneté. Je conclus qu'à l'égard des personnes nées avant 1977, la norme différenciatrice instaurée par la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 est discriminatoire. Le régime institué par cette dernière prévoit un simple enregistrement pour ceux qui se réclament de leur filiation paternelle, alors que pour ceux qui se réclament de leur filiation maternelle, il impose une procédure complexe de demande comportant la prestation du serment de citoyenneté, une enquête de sécurité, une enquête sur le casier judiciaire et même l'exclusion possible en cas d'inculpation pour certaines infractions. Cette différenciation est discriminatoire à l'égard des femmes et, de ce fait, va à l'encontre du paragraphe 15(1).

h L'ARTICLE PREMIER DE LA CHARTE

L'article premier de la Charte porte:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Le cadre fondamental de l'analyse au regard de l'article premier, défini dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, demeure en place mais a été clarifié par des décisions subséquentes. Pour prouver que la res-

ble and demonstrably justified in a free and democratic society, the party seeking to uphold the limitation must satisfy two requirements. First, it must be established that the objective which the limitation is designed to promote is “of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom” (*R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at page 352). At a minimum, an objective must be “pressing and substantial in a free and democratic society” to qualify as sufficiently important (*R. v. Oakes, supra*, at pages 138-139).

If this requirement is met, the second requirement involves a proportionality test. The proportionality test includes three components. First, the measure limiting the Charter right must be rationally connected to the intended objective. In other words, the measure must be carefully designed to achieve its objective without being arbitrary, unfair, or based on irrational considerations. Second, the limiting measures must impair the Charter right as little as possible. This condition has been modified by decisions subsequent to *Oakes, supra* (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; and *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139). The issue of when the modified version of the minimal impairment branch of the proportionality test is applicable and when the conventional *Oakes* version should be relied upon is not yet settled (see *McKinney v. University of Guelph, supra*, at pages 398-405; *R. v. Chaulk, supra*, at pages 1388-1393, *per* Wilson J.; and *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at page 260, *per* McLachlin J.). There is general agreement, however, that the modified approach to minimal impairment may be applied where the rights of different groups come in conflict and must, to some extent, be mediated. Under this approach, the minimal impairment condition depends on whether Parliament could “reasonably have chosen an alternative means which would have achieved the identified objective as effectively” (*Chaulk, supra*, at page 1341, *per* Lamer C.J.). Third, the effects of the measures must be proportional to the significance of the objective which is

triction d’un droit garanti par la Charte est raisonnable et peut se justifier dans le cadre d’une société libre et démocratique, la partie qui défend cette restriction doit satisfaire à deux conditions. En premier lieu, elle doit prouver que l’objectif poursuivi par la restriction est «suffisamment important pour justifier la suppression d’un droit ou d’une liberté garantis par la Constitution» (*R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la page 352). Au minimum, un objectif doit se rapporter à des préoccupations «urgentes et réelles dans une société libre et démocratique» pour être considéré comme suffisamment important (*R. c. Oakes, supra*, à la page 139).

Une fois cette condition remplie, la seconde condition met en jeu le critère de proportionnalité, lequel comporte trois volets. En premier lieu, la mesure portant restriction du droit garanti par la Charte doit présenter un lien rationnel avec l’objectif visé. En d’autres termes, elle doit être soigneusement conçue de façon à atteindre cet objectif sans être arbitraire, inique ou fondée sur des considérations irrationnelles. En deuxième lieu, elle doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la Charte. Cette condition a été modifiée par des décisions postérieures à l’arrêt *Oakes, supra* (*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; et *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139). Cependant, la Cour n’a pas tranché définitivement la question de savoir dans quel cas s’applique la version modifiée de la condition de l’atteinte minimum du critère de proportionnalité et dans quel cas il faut observer le modèle classique de l’arrêt *Oakes* (*V. McKinney c. Université de Guelph, supra*, aux pages 398 à 405; *R. c. Chaulk, supra*, aux pages 1388 à 1395, Madame le juge Wilson; et *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, à la page 260, Madame le juge McLachlin). Il est cependant généralement reconnu que la version modifiée de l’atteinte minimum peut s’appliquer dans les cas où les droits de différents groupes entrent en conflit et doivent, dans une certaine mesure, être conciliés. Dans cette approche, la condition de l’atteinte minimum dépend de la question de savoir si le législateur «aurait pu raisonnablement choisir un autre moyen qui aurait permis d’atteindre de façon aussi efficace

to be achieved. An objective that is merely pressing and substantial should not override a Charter right, if the effect of the means used to accomplish that objective severely compromise the rights of an individual or group. A provision limiting a Charter right that fails to satisfy any one of these criteria will not be saved under section 1.

Turning to the facts of the case before me, the first question to be answered is whether the objectives of the impugned provisions are “pressing and substantial in a free and democratic society” (*R. v. Oakes, supra*, at pages 138-139). Are the objectives of the provisions in question so important as to warrant overriding the equality rights of women? The objectives of the various stages in the application process for those relying on maternal lineage under paragraph 5(2)(b) of the Act may generally be described as establishing a commitment or allegiance to Canada and ensuring the security of the nation and the safety of its people. Described in these terms, the objectives of the impugned provisions are, in my view, pressing and substantial.

The initial stage of the proportionality test involves determining whether the measure limiting the Charter right is rationally connected to the intended objective. The modest requirements set out in the *Citizenship Act* are carefully designed to achieve their objective without being arbitrary, unfair, or based on irrational considerations. Swearing an oath as a prerequisite to citizenship is a common practice followed in many countries. It is, in essence, a simple inquiry as to whether an individual is committed to the country and shares the basic principles or ideals upon which the country was founded. In Canada, the “Oath or Affirmation of Citizenship” which people must repeat provides as follows:

I swear (or affirm) that I will be faithful and bear true allegiance to Her Majesty Queen Elizabeth the Second, Queen of Canada, Her Heirs and Successors, and that I will faithfully

l’objectif identifié» (*Chaulk, supra*, à la page 1341, le juge en chef Lamer). En troisième lieu, les effets des mesures prises doivent être proportionnels à l’importance de l’objectif visé. Un objectif qui est juste urgent et réel ne devrait pas l’emporter sur un droit garanti par la Charte, si le moyen utilisé pour y parvenir a pour effet de compromettre gravement les droits d’un individu ou d’un groupe. Une disposition portant limitation d’un droit garanti par la Charte et qui ne satisfasse pas à l’un quelconque de ces critères ne se justifiera pas au regard de l’article premier.

En l’espèce, la première question qui demande une réponse est de savoir si les objectifs visés par les dispositions attaquées sont «urgents et réels dans une société libre et démocratique» (*R. c. Oakes, supra*, à la page 139). Les objectifs visés par ces dispositions sont-ils importants au point de l’emporter sur les droits à l’égalité des femmes? Les objectifs visés par les différents stades du processus de demande à suivre par ceux qui se réclament de leur filiation maternelle sous le régime de l’alinéa 5(2)b) de la Loi peuvent être généralement interprétés comme visant à assurer l’engagement ou l’allégeance envers le Canada et à garantir la sécurité de la nation et de son peuple. Vus sous cet angle, les objectifs visés par les dispositions attaquées sont, à mon avis, urgents et réels.

Le premier stade d’application du critère de proportionnalité consiste à examiner si la mesure portant limitation du droit garanti par la Charte présente un lien rationnel avec l’objectif visé. Les conditions modérées que prescrit la *Loi sur la citoyenneté* ont été soigneusement conçues de façon à atteindre leur objectif sans être arbitraires, iniques ou motivées par des considérations irrationnelles. La prestation du serment du citoyen est un usage observé dans un grand nombre de pays à titre de condition préalable de la naturalisation. Il s’agit essentiellement d’une mesure destinée à s’assurer que l’intéressé s’engage vis-à-vis du pays et partage les principes ou les idéaux fondamentaux sur lesquels celui-ci est bâti. Au Canada, le «Serment (ou Affirmation solennelle) de citoyenneté» que doivent répéter les intéressés est le suivant:

Je jure fidélité et sincère allégeance à Sa Majesté la Reine Elizabeth Deux, Reine du Canada, à ses héritiers et successeurs et je jure d’observer fidèlement les lois du Canada et de remplir

observe the laws of Canada and fulfil my duties as a Canadian citizen.

This is certainly an appropriate way to determine an individual's allegiance to this country. It is, therefore, rationally connected to the objective of establishing an individual's allegiance to Canada.

Similarly, the stipulation in paragraph 22(1)(b) of the Act that a person shall not be granted citizenship while they are charged with or on trial for an indictable offence, as well as the stipulation in subsection 22(2) that a person shall not be granted citizenship if during the application for citizenship or in the preceding three years they have been convicted of an indictable offence, is rationally connected to the objective of ensuring the security of the nation and the safety of its people. Parliament can properly deny citizenship to those who pose a threat to the security of Canada or who might endanger the safety of Canadians. In *Winner v. S.M.T.*, [1951] S.C.R. 887, the Supreme Court determined that the power to legislate in regard to citizenship lies with Parliament. Mr. Justice Rand explained at pages 918-919:

The first and fundamental accomplishment of the constitutional Act was the creation of a single political organization of subjects of His Majesty within the geographical area of the Dominion, the basic postulate of which was the institution of a Canadian citizenship. Citizenship is membership in a state; and in the citizen inhere those rights and duties, the correlatives of allegiance and protection, which are basic to that status.

The Act makes no express allocation of citizenship as the subject-matter of legislation to either the Dominion or the provinces; but as it lies at the foundation of the political organization, as its character is national, and by the implication of head 25, section 91, "Naturalization and Aliens", it is to be found within the residual powers of the Dominion. [Citations omitted.]

The scope of Parliament's power to legislate was elaborated upon by Mr. Justice Dubé in a manner directly relevant to this case. In *In re Citizenship Act and in re Noailles*, [1985] 1 F.C. 852 (T.D.), at page 855, Dubé J. concluded:

After all, Canada has the right to protect itself by denying the privilege of citizenship to someone who does not meet the criteria legitimately established by an Act of Parliament. It is

loyalement mes obligations de citoyen canadien. [ou] J'affirme solennellement que je serai fidèle et porterai sincère allégeance à Sa Majesté la Reine Elizabeth Deux, Reine du Canada, à ses héritiers et successeurs, que j'observerai fidèlement les lois du Canada et que je remplirai loyalement mes obligations de citoyen canadien.

Voilà certainement un moyen légitime de s'assurer de l'allégeance de l'intéressé envers ce pays. Il présente donc un lien rationnel avec l'objectif qui est de fixer l'allégeance de l'individu envers le Canada.

De même, l'interdiction prévue à l'alinéa 22(1)(b) de la Loi d'accorder la citoyenneté à quiconque est inculpé d'un acte criminel, et au paragraphe 22(2) de l'accorder à quiconque a été déclaré coupable d'un acte criminel pendant l'instruction de sa demande ou au cours des trois années qui la précèdent, présente un lien rationnel avec l'objectif qui est d'assurer la sécurité de la nation et de son peuple. Le législateur peut légitimement refuser la citoyenneté à quiconque représente une menace pour le Canada ou pourrait compromettre la sécurité des Canadiens. Dans *Winner v. S.M.T.*, [1951] R.C.S. 887, la Cour suprême a jugé que le Parlement avait compétence pour légiférer en matière de citoyenneté. Le juge Rand s'est prononcé à ce propos en ces termes, aux pages 918 et 919:

[TRADUCTION] La première réalisation fondamentale de la Loi constitutionnelle a été la création d'une organisation politique unifiée de sujets de Sa Majesté dans les limites géographiques du Dominion, dont le postulat fondamental était l'institution de la citoyenneté canadienne. La citoyenneté est l'appartenance à un État, et en le citoyen s'incarnent les droits et obligations, corollaires de l'allégeance et de la protection, qui constituent le fondement de ce statut.

La Loi ne prévoit pas expressément que la citoyenneté relève de la compétence législative du Dominion ou des provinces; mais étant donné que la citoyenneté se trouve à la base même de l'organisation politique et qu'elle revêt un caractère national, et vu la rubrique 25 de l'article 91, «La naturalisation et les aubains», il faut conclure qu'elle relève des pouvoirs résiduels du Dominion. [Référence omise.]

La portée du pouvoir législatif du Parlement en la matière a été analysée par le juge Dubé dans un contexte qui présente un rapport direct avec l'affaire en instance. Dans *Affaire intéressant la Loi sur la citoyenneté et Noailles*, [1985] 1 C.F. 852 (1^{re} inst.), à la page 855, il a tiré la conclusion suivante:

Après tout, l'état canadien a le droit de se protéger en refusant le privilège de la citoyenneté à celui qui ne répond pas aux critères légitimement établis par une loi du Parlement. Il est

quite just and reasonable that no one should be able to receive citizenship if during the three-year period immediately preceding his application he has been convicted of an offence or of an indictable offence under any Act of Parliament.

Accepting Parliament's authority to determine the circumstances in which citizenship will be granted, it is apparent that in enacting the provisions in question, they have exercised their authority in a manner that is rationally connected to achieving the objectives of ensuring the security of Canada and the safety of Canadians.

This brings us to the second part of the proportionality test: the minimal impairment stage. In the circumstances of this case, the rights of two different groups come into conflict, attracting the modified standard of review. It will become clearer in a moment, but for now, suffice it to say that the existing citizenship rights of paternal lineage claimants conflict with the equality rights of maternal lineage applicants. Where competing rights must be balanced, a court may rely on the lesser standard of the modified approach to minimal impairment. Under the modified approach, the question is whether Parliament could reasonably have chosen an alternative means which would have impaired the right in question less or not at all but which would have achieved the identified objective as effectively. Certainly, the objective of ensuring a commitment to Canada and protecting the security of this country and its people could have been achieved more effectively if individuals born before 1977 and claiming citizenship on the basis of paternal lineage were also required to swear or affirm an oath and were subject to the same security and criminal checks and subsequent exclusions as those born before that date and relying on maternal lineage. Since there is obviously no evidence that maternal lineage applicants as a group are less loyal to Canada or are more criminally inclined, there is no reason having to do with that group that justifies their differential treatment relative to paternal lineage applicants. Accordingly, a scheme that subjects maternal lineage and paternal lineage claimants to the same requirements would be clearly superior as regards equality.

tout à fait juste et raisonnable que nul ne puisse recevoir la citoyenneté si au cours des trois années précédant sa demande il a été déclaré coupable d'une infraction, ou d'un acte criminel prévu par une loi du Parlement.

a Une fois reconnue la compétence du Parlement en matière de conditions de citoyenneté, il est manifeste qu'en adoptant les dispositions en question, il a exercé sa compétence d'une manière qui présente un lien rationnel avec la réalisation de l'objectif qui est d'assurer la sécurité du Canada et des Canadiens.

Ce qui nous amène au deuxième volet du critère de proportionnalité: celui de l'atteinte minimum. En l'espèce, il y a conflit entre les intérêts de deux groupes différents, ce qui appelle l'application de la norme modifiée d'examen. Nous le verrons plus clairement un peu plus loin mais, pour le moment, il suffit de dire qu'il y a conflit entre le droit à la citoyenneté des demandeurs se réclamant de leur filiation paternelle et les droits à l'égalité des demandeurs se réclamant de leur filiation maternelle. Là où il faut mettre dans la balance des droits contradictoires, la juridiction saisie peut s'en remettre à la norme moins rigoureuse de la version révisée de l'atteinte minimum. Dans cette approche modifiée, il s'agit de demander si le législateur aurait pu raisonnablement choisir un autre moyen qui porterait moins atteinte au droit en question ou n'y porterait pas atteinte du tout, mais qui aurait permis d'atteindre l'objectif de façon tout aussi efficace. Certainement, l'objectif qui est d'assurer l'engagement envers le Canada et de protéger la sécurité de ce pays et de son peuple aurait pu être réalisé plus efficacement si les individus nés avant 1977 et revendiquant la citoyenneté en vertu de leur filiation paternelle étaient également tenus de prêter serment ou de faire une affirmation solennelle, et soumis aux mêmes enquêtes de sécurité et enquêtes sur le casier judiciaire et aux exclusions subséquentes que ceux qui sont nés avant cette date et qui se réclament de leur filiation maternelle. Étant donné qu'il n'y a manifestement aucune preuve que les demandeurs se réclamant de leur filiation maternelle, pris dans leur ensemble, sont moins loyaux envers le Canada ou ont des tendances criminelles plus marquées, il n'y a aucune raison de les traiter différemment de ceux qui se réclament de leur filiation paternelle. En conséquence, un régime qui prévoyait les mêmes conditions pour les uns et les autres

However, even though equality would call for paternal lineage claimants born prior to 1977 to be subject to the same requirements as maternal lineage applicants, that alternative was not reasonably available to Parliament. The opportunity for paternal lineage claimants to register their citizenship was established under the 1947 *Citizenship Act* and continues today by virtue of the prior Act. Paragraph 3(1)(e) of the 1977 *Citizenship Act* specifically incorporates paragraph 5(1)(b) of the former Act maintaining the existing rights of paternal lineage applicants. In order to place the requirements of swearing or affirming an oath and undergoing criminal background checks on paternal lineage claimants, Parliament would have had to derogate from the existing rights of those claimants. To avoid that injustice, the government instead exempted from those requirements paternal lineage claimants coming within paragraph 5(1)(b) of the 1947 *Citizenship Act*. This is an imperfect solution, one that draws an unfortunate, discriminatory distinction contrary to subsection 15(1). Nevertheless, faced with selecting between two imperfect alternatives, I cannot say that Parliament has made an unreasonable choice in the circumstances.

In seeking to redress the unjust treatment of Canadian women and their children under the 1947 *Citizenship Act*, Parliament found itself unable to achieve its objectives of ensuring a commitment to Canada and protecting the safety of its people while both establishing full equality and not derogating from the established rights of paternal lineage claimants born prior to 1977. The balance chosen remedies the inequity to Canadian women and their children born outside the country resulting from the 1947 *Citizenship Act* without undercutting the existing rights of paternal lineage applicants. In the circumstances, I am not convinced that Parliament could reasonably have chosen an alternative means which would have impaired the right in question less but which would have achieved the identified objective as effectively. This part of the proportionality test is therefore met.

serait nettement supérieur du point de vue de l'égalité.

Cependant, même si l'égalité veut que les demandeurs se réclamant de leur filiation paternelle, nés avant 1977, soient soumis aux mêmes conditions que ceux qui se réclament de leur filiation maternelle, le législateur n'avait pas raisonnablement cet autre moyen à sa disposition. La possibilité pour les premiers de faire enregistrer leur citoyenneté a été instituée par la *Loi sur la citoyenneté* de 1947 et se poursuit de nos jours en vertu de l'ancienne Loi. L'alinéa 3(1)e de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 cite expressément l'alinéa 5(1)b de l'ancienne Loi, préservant ainsi leurs droits existants. S'il avait voulu leur imposer l'obligation du serment de citoyenneté et l'enquête sur le casier judiciaire, le législateur aurait eu à déroger à leurs droits existants. Afin d'éviter cette injustice, il a exempté de ces obligations les demandeurs se réclamant de leur filiation paternelle et qui tombent dans le champ d'application de l'alinéa 5(1)b de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947. C'est là une solution imparfaite, qui institue une distinction discriminatoire allant regrettamment à l'encontre du paragraphe 15(1). Néanmoins, face à une alternative dont chaque branche est aussi imparfaite que l'autre, je ne peux pas dire que le législateur ait fait un mauvais choix dans ce contexte.

En essayant de mettre fin au traitement injuste dont souffraient les femmes canadiennes et leurs enfants sous le régime de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947, le législateur n'a pas été en mesure d'atteindre l'objectif d'assurer l'engagement envers le Canada et de protéger la sécurité de son peuple tout en instituant la pleine égalité sans pour autant déroger aux droits existants des demandeurs de filiation paternelle, nés avant 1977. La solution choisie remédie à l'injustice faite aux femmes canadiennes et à leurs enfants nés à l'étranger par la *Loi sur la citoyenneté* de 1947, sans pour autant porter atteinte aux droits existants des demandeurs qui se réclament de leur filiation paternelle. Dans ce contexte, je ne pense pas que le législateur ait pu raisonnablement choisir un autre moyen qui aurait porté moins atteinte au droit en question et qui aurait permis d'atteindre l'objectif identifié de façon tout aussi efficace. Voilà qui règle la question du deuxième volet du critère de proportionnalité.

The third part of the proportionality test involves an inquiry into whether the effects of the measures are proportional to the significance of the objective which is to be achieved. Weighing the significance of a legislative objective against the degree to which the Charter rights of an individual or group are impeded is always a difficult and imprecise process. The objectives of the provisions in question include ensuring a commitment to Canada, guarding the security of the nation and protecting the safety of the people of Canada. The importance of those rather broad objectives is obvious. In contrast, the right in question is not interfered with dramatically, but rather is compromised only on the periphery and only indirectly. This is not a situation where a severe penalty is imposed or a significant benefit ordinarily available is denied. Maternal lineage applicants born prior to 1977 are subject to the normal requirements to which all other applicants are subject and are merely denied a special exemption accorded paternal lineage claimants. The existing rights of paternal lineage applicants born prior to 1977 have been respected in a continuing exemption from the ordinary requirements to which all are otherwise subject. Not providing a similar exemption to maternal lineage applicants born prior to 1977 is not a significant incursion into the equality rights of those applicants, yet it permits the government to pursue the pressing and substantial objectives of the relevant provisions of the *Citizenship Act*. I accept, therefore, that the measures adopted are not disproportional to the significance of the objectives to be achieved.

As I have found the test under section 1 of the Charter to be satisfied, I am of the view that the subsection 15(1) violation can be saved by virtue of section 1. There is, as a result, no need to consider possible remedies. For the foregoing reasons, I would dismiss this appeal with costs.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LÉTOURNEAU J.A.: I agree with my colleague Linden J.A. that if this appeal falls to be decided on section 1 of the *Canada Charter of Rights and Freedoms*, it ought to be dismissed for the reasons that he

Le troisième volet concerne la question de savoir si les effets des mesures prises sont proportionnels à l'importance de l'objectif visé. C'est toujours une tâche difficile et imprécise que de mettre dans la balance un objectif visé par la loi et le degré d'atteinte aux droits que garantit la Charte à un individu. Les dispositions en question visent à assurer l'engagement envers le Canada et à protéger la sécurité de la nation et du peuple du Canada. L'importance de ces objectifs plutôt généraux est évidente. Par contraste, il n'y a pas eu atteinte grave au droit en question, lequel n'a été compromis que de façon périphérique et indirecte. Il ne s'agit pas d'un cas où il y a préjudice grave ou déni d'un important bénéfice dont jouissent les autres. Les personnes nées avant 1977 du mariage de leur mère canadienne sont tenus aux conditions normales, exigées de tous les autres demandeurs, et ne se voient privées que d'une exemption spéciale accordée aux demandeurs qui se réclament de leur filiation paternelle. Les droits existants de ceux de ces derniers qui sont nés avant 1977 ont été respectés, à titre d'exemption continue de conditions ordinaires auxquelles tous les autres sont soumis. Ne pas accorder la même exemption aux personnes nées avant 1977 du mariage de leur mère canadienne ne revient pas à porter gravement à leurs droits à l'égalité, mais permet au gouvernement de poursuivre les objectifs urgents et réels des dispositions applicables de la *Loi sur la citoyenneté*. Je conclus en conséquence que les mesures adoptées ne sont pas disproportionnées par rapport à l'importance des objectifs visés.

Ayant conclu qu'il a été satisfait au critère de l'article premier de la Charte, j'estime que l'atteinte au paragraphe 15(1) peut se justifier au regard de cet article premier. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'envisager les mesures de redressement possibles. Par ces motifs, je me prononce pour le rejet de l'appel avec dépens.

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Je conviens avec mon collègue le juge Linden, J.C.A., que si cet appel doit être jugé à la lumière de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il faut le rejeter

gives. However, I do not think that section 1 of the Charter can and need be invoked here because I believe that the Charter does not apply to the facts of this case and that there is no discrimination under section 15 of the said Charter.

I need not repeat the facts in detail as my colleague Linden J.A. has adequately summarized them, especially those that are necessary for me to express my views. I need only say that the appellant is an American citizen who is presently incarcerated in a Canadian penitentiary pursuant to a conviction for manslaughter. He claims the right to Canadian citizenship because he was born in the United States to a married Canadian mother. He bases his claim under section 15 of the Charter and alleges to be a victim of discrimination. He was born in California in 1962 and entered Canada in 1986 where he lived under two different names: "Martin Sarkissian" and "Claudio Carbone".

Whether section 15 of the Charter applies to this case and whether it involves retrospectivity or retroactivity

To apply the Charter to this case is, in my view, to give to it a retrospective or a retroactive effect that the Supreme Court has said it does not have.¹ It is not disputed that the 1977 *Citizenship Act* now treats alike children born outside of Canada after February 14, 1977 to either a Canadian father or a Canadian mother. This is what paragraph 3(1)(b) says and does.² So children born after February 14, 1977 cannot complain of a differential treatment or discrimination under section 15 of the Charter. They have an equal right to Canadian citizenship: all of them are Canadians on account of either their paternal or their maternal lineage.

¹ *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153; *R. v. James*, [1988] 1 S.C.R. 669, affirming (1986), 55 O.R. (2d) 609 (C.A.).

² R.S.C., 1985, c. C-29.

3. (1) Subject to this Act, a person is a citizen if

(b) the person was born outside Canada after February 14, 1977 and at the time of his birth one of his parents, other than a parent who adopted him, was a citizen.

conformément aux motifs de son jugement. Cependant, je ne pense pas que cet article puisse ou doive être invoqué car, à mon avis, la Charte ne s'applique pas aux faits de la cause et il n'y a pas eu en l'espèce de discrimination au sens de son article 15.

Il est inutile que je rappelle les faits en détail puisque mon collègue le juge Linden, J.C.A., les a parfaitement résumés, en particulier les faits qui éclairent mes conclusions. Il suffit de rappeler que l'appelant est un citoyen américain purgeant actuellement sa peine dans un pénitencier canadien pour homicide involontaire coupable. Il revendique le droit à la citoyenneté canadienne du fait qu'il était né aux États-Unis du mariage de sa mère canadienne, se fondant sur l'article 15 de la Charte et se disant victime de discrimination. Né en Californie en 1962, il est arrivé en 1986 au Canada où il a vécu sous deux noms différents, «Martin Sarkissian» et «Claudio Carbone».

L'article 15 de la Charte s'applique-t-il en l'espèce et est-il rétrospectif ou rétroactif?

Appliquer la Charte aux faits de la cause reviendrait, à mon avis, à lui donner un effet rétrospectif ou rétroactif, à l'encontre de la jurisprudence établie par la Cour suprême¹. Il est constant que la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 ne distingue plus entre enfants nés à l'étranger après le 14 février 1977, qu'ils le soient de père canadien ou de mère canadienne. Tels sont le sens et l'effet de l'alinéa 3(1)b)². Ainsi donc, les enfants nés après le 14 février 1977 ne peuvent se plaindre de différence de traitement ou de discrimination au sens de l'article 15 de la Charte. Ils ont le même droit à la citoyenneté canadienne: ils sont tous citoyens canadiens en raison de leur filiation soit paternelle soit maternelle.

¹ *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153; *R. c. James*, [1988] 1 R.C.S. 669, confirmant (1986), 55 O.R. (2d) 609 (C.A.).

² L.R.C. (1985), ch. C-29.

3. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, a qualité de citoyen toute personne:

b) née à l'étranger après le 14 février 1977 d'un père ou d'une mère ayant qualité de citoyen au moment de la naissance.

There is no doubt that under the old Act, the 1947 *Citizenship Act*, and prior to the new one, the 1977 *Citizenship Act*, there was, for children born outside of Canada to a Canadian father, a treatment different from the one given to children born outside of Canada to a married Canadian mother. One, the child born to a Canadian father, could obtain the Canadian citizenship. The other, born to a married Canadian mother, could not³ and the law regarded him or her as a foreign national. I mention in passing that if the child was born outside of Canada, out of wedlock, to a Canadian mother, he could obtain Canadian citizenship. I shall later revisit this issue in the context of the alleged discrimination. The changes brought to the Act in 1977 with respect to children born before February 15, 1977 aimed at eliminating that difference. Henceforth, children born to a married Canadian mother were given the possibility of acquiring Canadian citizenship⁴ under certain conditions. In so

³ *Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1952, c. 33.

5. (1) A person born after the 31st day of December, 1946, is a natural-born Canadian citizen,

- (a) if he is born in Canada or on a Canadian ship; or
- (b) if he is born outside of Canada elsewhere than on a Canadian ship, and
 - (i) his father, or in the case of a child born out of wedlock, his mother, at the time of that person's birth, is a Canadian citizen, and
 - (ii) the fact of his birth is registered, in accordance with the regulations, within two years after its occurrence or within such extended period as the Minister may, under the regulations, authorize in special cases.

⁴ R.S.C., 1985, c. C-29.

3. (1) Subject to this Act, a person is a citizen if

(e) the person was entitled, immediately before February 15, 1977, to become a citizen under paragraph 5(1)(b) of the former Act.

5. . . .

(2) The Minister shall grant citizenship to any person who

(b) was born outside Canada, before February 15, 1977, of a mother who was a citizen at the time of his birth, and was not entitled, immediately before February 15, 1977, to become a citizen under subparagraph 5(1)(b)(i) of the former Act, if, before February 15, 1979, or within such extended period as the Minister may authorize, an application for citizenship is made to the Minister by a person authorized by regulation to make the application.

Nul doute que sous le régime de l'ancienne Loi, savoir la *Loi sur la citoyenneté* de 1947, et avant l'entrée en vigueur de la Loi actuelle, savoir la *Loi sur la citoyenneté* de 1977, il y avait une différence de traitement entre l'enfant né à l'étranger de père canadien et l'enfant né à l'étranger du mariage de sa mère canadienne. L'un, l'enfant né de père canadien, pouvait obtenir la citoyenneté canadienne. L'autre, né du mariage de sa mère canadienne, ne le pouvait pas³ et était un étranger aux yeux de la loi. Mentionnons en passant que si l'enfant était né à l'étranger d'une mère canadienne célibataire, il pouvait obtenir la citoyenneté canadienne. Je reviendrai sur ce point dans le contexte de la plainte de discrimination. Les modifications apportées à la Loi en 1977 au sujet des enfants nés avant le 15 février 1977 visaient à éliminer cette différence. Dès lors, l'enfant né du mariage de sa mère canadienne avait la possibilité d'obtenir la citoyenneté canadienne⁴ sous certaines conditions.

³ *Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.R.C. 1952, ch. 33.

5. (1) Une personne, née après le 31 décembre 1946, est un citoyen canadien de naissance,

- a) si elle est née au Canada ou sur un navire canadien; ou
- b) si elle est née hors du Canada ailleurs que sur un navire canadien, et si
 - (i) son père ou, dans le cas d'un enfant né hors du mariage, sa mère, au moment de la naissance de cette personne, était un citoyen canadien, et si
 - (ii) le fait de sa naissance est enregistré, d'après les règlements, au cours des deux années qui suivent l'événement ou au cours de la période prolongée que le Ministre peut, en vertu des règlements, autoriser dans des cas spéciaux.

⁴ L.R.C. (1985), ch. C-29.

3. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, a qualité de citoyen toute personne:

e) habile, au 14 février 1977, à devenir citoyen aux termes de l'alinéa 5(1)b) de l'ancienne loi.

5. . . .

(2) Le ministre attribue en outre la citoyenneté:

b) sur demande qui lui est présentée par la personne qui y est autorisée par règlement et avant le 15 février 1979 ou dans le délai ultérieur qu'il autorise, à la personne qui, née à l'étranger avant le 15 février 1977 d'une mère ayant à ce moment-là qualité de citoyen, n'était pas admissible à la citoyenneté aux termes du sous-alinéa 5(1)b)(i) de l'ancienne loi.

far as these provisions relating to children born to a married Canadian mother prior to February 15, 1977 are concerned, namely paragraph 5(2)(b), they were remedial in nature.

Counsel for the appellant submitted that paragraph 5(2)(b) of the 1977 Act is retrospective in its application as it determines for the future the legal effect of a prior event, i.e., the birth of the appellant, which occurred in 1962 and thus some 15 years before the statute was enacted. To use his words, paragraph 5(2)(b) is both prospective and retrospective in that it has a prospective application based on a prior event. I do not quarrel with that assertion which is the first step in his reasoning and attempt to show that the application of section 15 of the Charter to the present case carries with it no retrospectivity. From there he goes on to add that section 15 of the Charter is not concerned with the prior event, that is to say the birth of the appellant, but rather is concerned with the result of the 1977 Act, that is to say its prospective application to those born prior to February 15, 1977 outside of Canada to a married mother. Therefore, section 15 of the Charter, he concludes, is not applied retrospectively if it is applied to the facts of this case. This argument, as appealing as it may appear at first blush, does not hold.

What the appellant really complains of is the fact that he was denied Canadian citizenship because he was born in 1962 outside of Canada to a married Canadian mother rather than to a Canadian father. The cause of this alleged discrimination is, without doubt, subparagraph 5(1)(b)(i) of the 1947 *Citizenship Act*. It is not the 1977 Act which, on the contrary, attempted to correct the effects of the old law. Had Parliament in 1977 corrected the alleged injustice only for those born after February 15 and ignored the plight of the appellant and others in a like situation and had Parliament adopted no remedial measures to correct the wrongs of the past, the appellant would have now to attack the 1947 Act which denied him the right to citizenship. As in the case of *R. v. Stevens*⁵ where it was alleged that subsection 146(1) of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34], enacted prior to the Charter, violated section 7 of the Charter, the appellant would allege that subparagraph

⁵ *Supra*, note 1.

Ainsi donc, les dispositions relatives aux enfants nés avant le 15 février 1977 du mariage de leur mère canadienne, savoir l'alinéa 5(2)(b), avaient pour objet de remédier à une situation antérieure.

L'avocat de l'appellant soutient que l'alinéa 5(2)(b) de la Loi de 1977 est d'application rétrospective puisque qu'il définit pour l'avenir l'effet juridique d'un fait antérieur, c'est-à-dire la naissance de l'appellant, qui avait eu lieu en 1962, donc quelque 15 ans avant l'adoption de cette Loi. Pour reprendre ses propres termes, l'alinéa 5(2)(b) est à la fois prospectif et rétrospectif, en ce que l'application qui en est prospective se rapporte à un fait antérieur. Je ne mets pas en doute cette assertion qui constitue la première étape de son raisonnement visant à démontrer que l'application de l'article 15 de la Charte aux faits de la cause n'est nullement rétrospective. Il ajoute que l'article 15 n'entre pas en jeu à l'égard du fait antérieur, c'est-à-dire de la naissance de l'appellant, mais à l'égard des effets de la Loi de 1977, c'est-à-dire de son application prospective aux personnes nées à l'étranger avant le 15 février 1977 du mariage de leur mère. Il en conclut que l'application de l'article 15 de la Charte aux faits de la cause ne constitue pas une application rétrospective. Cet argument, aussi attrayant qu'il puisse paraître à première vue, n'est pas valide.

Ce dont l'appellant se plaint réellement, c'est le fait qu'il s'est vu refuser la citoyenneté canadienne parce qu'il est né en 1962 à l'étranger d'un mariage de sa mère canadienne et non pas d'un père canadien. La cause de cette soi-disant discrimination est indubitablement le sous-alinéa 5(1)(b)(i) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947, et non pas la Loi de 1977 qui, au contraire, vise à remédier aux effets de l'ancienne Loi. Si en 1977 le législateur n'avait réparé l'injustice invoquée qu'à l'égard des personnes nées après le 15 février et avait ignoré le cas de l'appellant et des personnes se trouvant dans la même situation, et s'il n'avait pris aucune mesure pour réparer les torts passés, l'appellant aurait à contester maintenant la Loi de 1947 qui lui déniait le droit à la citoyenneté. Tout comme dans la cause *R. c. Stevens*⁵ où il était soutenu que le paragraphe 146(1) du *Code criminel* [S.R.C. 1970, ch. C-34], adopté avant la Charte, violait l'article 7 de cette dernière, l'appellant soutient en l'es-

⁵ *Supra*, note 1.

5(1)(b)(i) of the 1947 *Citizenship Act* violates section 15 of the Charter. As for the case of *Stevens*, there would be no doubt that this challenge would involve a retrospective application of the Charter to a prior legislation on account of a prior event (his birth in 1962).

The situation is not different with the 1977 Act. Firstly, it is not the 1977 Act which causes the alleged discrimination and which treated the appellant as an alien: it is subparagraph 5(1)(b)(i) of the old 1947 Act. The new legislation merely attempts to remedy that. It acknowledges the foreign nationality of the appellant and simply takes over where the 1947 Act left him: an alien or foreign national who, from that moment, is given the right and possibility of acquiring Canadian citizenship on a basis he did not have before. Secondly, the 1977 Act is also legislation enacted prior to the Charter which relates to an event which took place prior to the Charter. In addition, if the 1977 *Citizenship Act* were silent as to the claimant and contained no remedial measures for past discrimination, the claimant, if he could launch a constitutional attack on that Act, would have to argue that the Act is discriminatory because it did not apply retroactively or retrospectively to his case. In other words, he would have to say that the 1977 Act is discriminatory because it does not eliminate the discrimination which occurred in 1962 because of the 1947 *Citizenship Act*. Whichever way I look at the 1977 Act, I fail to see how a Charter challenge to that Act would not be retrospective or would be less retrospective than a Charter challenge to the 1947 Act in relation to the same 1962 event.

If there had been no remedial measures adopted in the 1977 Act to redress the wrongs caused in the past by the repealed 1947 Act, it is my view that the appellant would have had no foundation for a complaint under the Charter as the Charter would not apply to suppress the legal consequences attached by the 1947 Act to his birth in 1962. It would be ironic if, because of the remedial procedures found in the 1977 Act, foreign nationals like the appellant could now be said to have a foundation for a complaint

pèce que le sous-alinéa 5(1)(b)(i) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947 va à l'encontre de l'article 15 de la Charte. Tout comme dans la cause *Stevens*, il est indubitable que cet appel vise à l'application rétrospective de la Charte à une loi antérieure en raison d'un fait antérieur (sa naissance en 1962).

Il en est de même de la Loi de 1977. En premier lieu, ce n'est pas cette Loi qui est la cause de la soi-disant discrimination ou qui faisait de l'appelant un étranger; c'est le sous-alinéa 5(1)(b)(i) de la Loi de 1947 qui a eu cet effet. La nouvelle Loi ne fait qu'essayer de remédier à cette situation. Elle prend acte de la nationalité étrangère de l'appelant et ne fait que le prendre en charge dans l'état où la Loi de 1947 l'a laissé, celui d'un étranger qui, à partir de ce moment, se voit donner le droit et la possibilité d'acquérir la citoyenneté canadienne sous un régime qui ne lui était pas accessible auparavant. En second lieu, la Loi de 1977 est antérieure à la Charte et vise un fait ayant eu lieu avant cette dernière. En outre, si la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 avait été muette quant au cas du demandeur et n'avait prévu aucune mesure pour remédier à la discrimination passée, celui-ci, à supposer qu'il puisse en attaquer la constitutionnalité, aurait à démontrer qu'elle est discriminatoire du fait qu'elle ne s'applique pas rétroactivement ou rétrospectivement à son cas. Autrement dit, que la Loi de 1977 est discriminatoire parce qu'elle n'élimine pas la discrimination qui avait cours en 1962 à cause de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947. Quelle que soit la façon dont j'envisage la Loi de 1977, je ne vois pas comment une attaque contre ce texte au regard de la Charte ne serait pas rétrospective ou serait moins rétrospective qu'une attaque du même genre logée contre la Loi de 1947 à partir d'un même fait qui eut lieu en 1962.

Si la Loi de 1977 n'avait pas prévu de mesures correctives pour remédier aux torts causés auparavant par l'ancienne Loi de 1947, je pense que l'appelant n'aurait eu aucun fondement pour invoquer la Charte, car celle-ci ne s'appliquerait pas pour supprimer les conséquences juridiques attachées par la Loi de 1947 à sa naissance en 1962. Ce serait ironique si, par suite des mesures correctives prévues par la Loi de 1977, des étrangers comme l'appelant pouvaient maintenant prétendre à un fondement pour invoquer la Charte,

under the Charter while they would have had none if they had been totally ignored in the 1977 Act!

Indeed, what the appellant is now asking on the basis of the Charter is to read the 1977 *Citizenship Act* as if the provision of the 1947 Act which created the differential treatment had never existed at all. If this is not retrospectivity, and asking that the Charter be applied retrospectively, one is left to wonder what is. These words of Professor Côté, in my view, adequately describe what the rule is in such matter and what the appellant is asking this Court to do:

To summarize: when the question arises as to whether or not an enactment produces a retroactive effect, the question must be examined successively from the standpoint of positive and negative retroactivities. The principle of non-retroactivity applies whatever the form of the retroactivity at issue. As a result, the issue is, firstly, whether the rule stated in the enactment applies to the basis of facts arising entirely before its commencement (is there positive retroactivity?) and, secondly, if the suppression of the rules resulting from adoption of the new enactment results in challenging effects already produced as a result of the rules that have been suppressed (is there negative retroactivity?). [My underlining.]⁶

To use the words of Dickson J. [as he then was] in *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, the appellant wants the Charter to,

... reach into the past and declare that the law or the rights of parties as of an earlier date shall be taken to be something other than they were as of that earlier date.⁷

My conclusion that the application of section 15 of the Charter to the facts of this case would give the Charter a retrospective effect is consistent with the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Gamble*.⁸ Speaking for the majority, Wilson J. wrote:

Different rights and freedoms, depending on their purpose and the interests they are meant to protect, will crystallize and protect the individual at different times. Our previous decisions on the retrospective application of the *Charter* are consistent with an approach which pays attention to differences in the purposes of the relevant rights and freedoms. For example, procedural rights will crystallize at the time of the process: *Irvine v.*

⁶ P. A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed., Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1991, at p. 123.

⁷ [1977] 1 S.C.R. 271, at p. 279.

⁸ [1988] 2 S.C.R. 595.

alors qu'ils n'en auraient eu aucun si la Loi de 1977 les avait complètement ignorés!

En fait, ce que demande maintenant l'appelant en s'appuyant sur la Charte, c'est que la Loi de 1977 s'applique comme si la disposition de la Loi de 1947 qui prévoyait la différence de traitement n'avait jamais existé. Si ce n'est pas là une conclusion rétrospective, demandant que la Charte soit appliquée rétrospectivement, on se demande bien ce qui le sera. L'observation suivante du professeur Côté explique parfaitement, à mon avis, ce qu'est la règle en la matière et ce que demande l'appelant en l'espèce:

En résumé: lorsque se pose la question de savoir si l'application d'un texte produit un effet rétroactif, il faut envisager successivement la question de la rétroactivité positive du texte, puis celle de sa rétroactivité négative. Le principe de la non-rétroactivité de la loi s'applique en effet quelle que soit la forme de rétroactivité en cause. Il faut en conséquence se demander, premièrement, si la règle que le texte énonce s'appliquera ou non sur le fondement de faits survenus entièrement avant son entrée en vigueur (y a-t-il rétroactivité positive?) puis, deuxièmement, si la suppression de règle qui découle de l'adoption du nouveau texte entraînera ou non la remise en cause des effets déjà produits en vertu des règles supprimées (y a-t-il rétroactivité négative?). [C'est moi qui souligne.]

Pour emprunter les termes employés par le juge Dickson [alors juge puîné] dans *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, l'appelant demande que la Charte

... s'imisce dans le passé et [signifie] qu'à une date antérieure, il [faut] considérer que le droit ou les droits des parties étaient ce qu'ils n'étaient pas alors⁷.

Ma conclusion, savoir que l'application de l'article 15 de la Charte aux faits de la cause reviendrait à donner à ce texte un effet rétrospectif, est conforme à la décision *R. c. Gamble*⁸ où, rendant le jugement majoritaire de la Cour suprême du Canada, Madame le juge Wilson s'est prononcée en ces termes:

Des droits et des libertés différents, selon leur objet et les intérêts qu'ils visent à protéger, se cristalliseront et protégeront l'individu à différents moments. Nos décisions antérieures sur l'application rétroactive de la *Charte* sont compatibles avec un point de vue qui tient compte des différences d'objet des droits et libertés applicables. Par exemple, les droits en matière de procédure se cristallisent au moment où la procédure se

⁶ P. A. Côté, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1990, à la p. 135.

⁷ [1977] 1 R.C.S. 271, à la p. 279.

⁸ [1988] 2 R.C.S. 595.

Canada (Restrictive Trade Practices Commission), [1987] 1 S.C.R. 181. Rights against unreasonable searches and seizures will crystallize at the time of the search and seizure: *R. v. James*, [1988] 1 S.C.R. 669. Substantive guarantees that the accused receive the benefit of his or her subjective mistake of fact crystallize at the time the offence was committed: *R. v. Stevens*, *supra*. The right against the introduction of self-incriminating evidence crystallizes at the time the evidence is sought to be introduced in a proceeding even although the testimony was originally provided well before the *Charter* came into force: *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350.

Some rights and freedoms in the *Charter* seem to me to be particularly susceptible of current application even although such application will of necessity take cognizance of pre-*Charter* events. Those *Charter* rights the purpose of which is to prohibit certain conditions or states of affairs would appear to fall into this category. Such rights are not designed to protect against discrete events but rather to protect against an ongoing condition of state of affairs. Pre-trial delay under s. 11(b) is a good example: *R. v. Antoine*. Section 15 may also fall into this category. Morden J.A. recognized in *Re McDonald and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 330 (Ont. C.A.) that there was such a thing as a continuing discriminatory practice under s. 15 of the *Charter*.⁹

As it appears from this statement, it is important to determine the point in time at which the right to equality without discrimination under section 15 crystallizes. It also appears that there may be a continuing discriminatory practice which would call for an application of section 15 of the *Charter* although this would require that the Court take cognizance of pre-*Charter* events. To say that, however, is not to say that section 15 of the *Charter* applies every time one can establish that he still suffers from past discrimination. For section 15 to apply, there has to be an actual or an on-going discrimination which deprives one of equal protection and benefit of the law. It is not enough for one to say that one still suffers from a discriminatory event or legislation which took place or existed prior to the *Charter*. Otherwise, just about every instance of past discrimination since the turn of the century could be reviewed under section 15, provided the victims still suffer from that past discrimination.

⁹ *Id.*, at pp. 627-628.

déroule: *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 1981. Les droits à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives se cristallisent au moment de la fouille, de la perquisition ou de la saisie en question: *R. c. James*, [1988] 1 R.C.S. 669. Les garanties, sur le plan du fond, que l'inculpé profite de son erreur de fait subjective se cristallisent au moment où l'infraction est commise: *R. c. Stevens*, précité. Le droit à la protection contre l'utilisation d'un témoignage auto-incriminant se cristallise au moment où l'on cherche à utiliser ce témoignage dans une instance même si, à l'origine, il a été donné bien avant l'entrée en vigueur de la Charte: *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350.

Certains droits et certaines libertés contenus dans la *Charte* me semblent particulièrement susceptibles d'être appliqués actuellement même si cette application oblige nécessairement à prendre connaissance d'événements antérieurs à la *Charte*. Les droits garantis par la *Charte* qui ont pour objet d'interdire certaines conditions ou situations sembleraient relever de cette catégorie. De tels droits visent à protéger non pas contre des événements précis et isolés, mais plutôt contre des conditions ou une situation en cours. La question du délai avant le procès, au termes de l'al. 11b), en est un bon exemple: *R. v. Antoine*. L'article 15 peut aussi relever de cette catégorie. Le juge Morden a reconnu, dans l'arrêt *Re McDonald and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 330 (C.A. Ont.), qu'une pratique discriminatoire continue, cela existe et relève de l'art. 15 de la *Charte*.⁹

Il ressort de la conclusion ci-dessus qu'il est important de déterminer le moment où le droit à l'égalité sans discrimination, que garantit l'article 15, se cristallise. Et qu'il se peut qu'il y ait une pratique discriminatoire persistante qui appellerait l'application de l'article 15 de la Charte, encore que cette application puisse obliger la Cour à prendre acte de faits antérieurs à la Charte. Cela ne revient cependant pas à dire que l'article 15 s'applique chaque fois que le plaignant peut prouver qu'il souffre encore d'une discrimination passée. Pour que l'article 15 s'applique, il faut qu'il y ait un acte discriminatoire actuel ou en cours, qui prive l'intéressé de la protection et du bénéfice de la loi, dont jouissent les autres. Il ne suffit pas au demandeur de dire qu'il souffre encore des effets d'un acte discriminatoire qui s'est produit ou d'une loi discriminatoire qui existait avant la Charte. Autrement, tous les cas de discrimination depuis le début du siècle pourraient être portés en justice sous le régime de l'article 15, à condition que la victime souffre encore des effets de la discrimination passée.

⁹ *Idem*, aux p. 627 et 628.

In the case at bar, the discriminatory legislation, to wit subparagraph 5(1)(b)(i) of the 1947 *Citizenship Act*, was repealed in 1977 and the discriminatory practice ceased as paragraph 3(1)(b) of the 1977 Act eliminated for the future the source of discrimination. For those like the appellant who were governed by the old 1947 Act, the discrimination crystallized on the date of their birth in a foreign country when they acquired a foreign nationality and the then *Canadian Citizenship Act* did not give them the right to acquire Canadian citizenship. In the case of the appellant, it was on August 29, 1962. It is at that point that the 1947 *Citizenship Act* attached legal consequences to that momentary fact.

In conclusion, the Charter does not apply to the facts of this case.

Whether section 15 of the Charter ought to be applied retrospectively to the facts of this case

Should this Court find that an application of the Charter to the facts of this case would involve retrospectivity, the appellant contends that, because paragraph 5(2)(b) of the 1977 *Citizenship Act* is retrospective, the Charter also ought to be retrospective or ought to be applied retrospectively to retrospective provisions or legislations. With respect, one does not necessarily entail the other.

According to a basic and sound rule of interpretation reaffirmed by Dickson J. in *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*,¹⁰

... statutes are not to be construed as having retrospective operation unless such a construction is expressly or by necessary implication required by the language of the Act.¹¹

Paragraph 5(2)(b) of the 1977 *Citizenship Act* clearly was meant to have a retrospective application. However, the contrary intention clearly appears with regard to section 15 of the Charter as that section was not proclaimed into force in 1982 at the same time as the other provisions of the Charter. Indeed, it came into force only in 1985 in order to allow the various

En l'espèce, le texte de loi discriminatoire, savoir le sous-alinéa 5(1)(b)(i) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947, a été abrogé en 1977 et la pratique discriminatoire a pris fin puisque l'alinéa 3(1)(b) de la *Loi de 1977* a éliminé depuis cette date la source de discrimination. Pour ceux qui, à l'instar de l'appelant, étaient soumis au régime de la *Loi de 1947*, la discrimination s'est cristallisée à la date de leur naissance dans un pays étranger, date à laquelle ils acquièrent la nationalité étrangère puisque la *Loi sur la citoyenneté* en vigueur à l'époque au Canada ne leur donnait pas le droit d'acquérir la citoyenneté canadienne. Dans le cas de l'appelant, cette date était le 29 août 1962. C'est à cette date que la *Loi sur la citoyenneté* de 1947 attachait des conséquences juridiques à cet événement momentané.

En conclusion, la Charte ne s'applique pas en l'espèce.

Faut-il appliquer rétrospectivement l'article 15 de la Charte aux faits de la cause?

La Cour conclurait-elle que l'application de la Charte aux faits de la cause serait une application rétrospective, l'appelant soutient que, l'alinéa 5(2)(b) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 étant rétrospectif, il faut que la Charte soit aussi rétrospective ou s'applique rétrospectivement au texte de loi rétrospectif. Cependant, l'un n'entraîne pas nécessairement l'autre.

Selon la règle fondamentale et rationnelle d'interprétation qu'a rappelée le juge Dickson dans *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*¹⁰,

... les lois ne doivent pas être interprétées comme ayant une portée rétroactive à moins que le texte de la Loi ne le décrète expressément ou n'exige implicitement une telle interprétation¹¹.

Il est indéniable que l'alinéa 5(2)(b) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 était destiné à s'appliquer rétrospectivement. Par contre il est évident que l'article 15 de la Charte n'est pas rétrospectif, puisqu'il n'est pas entré en vigueur en 1982 en même temps que les autres dispositions du même texte. En effet, il n'est entré en vigueur qu'en 1985 afin de donner aux

¹⁰ *Supra*, note 7.

¹¹ *Id.*, at p. 279.

¹⁰ *Supra*, note 7.

¹¹ *Id.*, à la p. 279.

legislatures to bring whatever change was needed to their legislation to satisfy the constitutional guarantees provided by section 15.¹² This seems to me to be inconsistent with the type of retrospectivity sought by the appellant.

Whether the treatment afforded the appellant under the 1977 Citizenship Act is discriminatory

Assuming that I am wrong on the question of retroactivity and that section 15 of the Charter does apply to the facts of this case, I believe that the treatment afforded the appellant by paragraph 5(2)(b) of the 1977 *Citizenship Act* is not discriminatory.

Firstly, it is not every difference in treatment that necessarily results in inequality.¹³ Nor, as my colleague Linden J.A. puts it, is it every legislative distinction that will violate subsection 15(1). It has to be a distinction which discriminates on one of the enumerated grounds in subsection 15(1) or on an analogous ground.

The appellant has contended before us that there was discrimination on the basis of sex because his Canadian mother could not pass on to him her citizenship while, had he been born to a Canadian father, he would have acquired the Canadian citizenship. Under the 1947 *Citizenship Act*, had the appellant been born, out of wedlock, to a Canadian mother, he could have acquired the Canadian citizenship from his mother.¹⁴ In other words, an unmarried Canadian mother could pass on her citizenship, but a married Canadian mother could not. However, a Canadian father, whether married or not, could always pass on his citizenship. Consequently, it is more on the basis of their marital status than their sex that Canadian women were subjected to a different treatment under the old law. All of this is in a sense irrelevant now because, as I have already mentioned, this differential treatment no longer exists in the 1977 *Citizenship Act*

¹² *Davidson et al. v. Davidson* (1986), 33 D.L.R. (4th) 161 (B.C.C.A.), at p. 171.

¹³ *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.

¹⁴ See s. 5(1)(b)(i), *supra*, note 3.

diverses législatures le temps d'apporter les modifications nécessaires à leurs lois respectives pour les rendre conformes aux garanties constitutionnelles qu'il prévoit¹². Voilà qui ne s'accorde pas avec le genre de rétroactivité auquel conclut l'appellant.

Le traitement réservé à l'appellant sous le régime de la Loi sur la citoyenneté de 1977 est-il discriminatoire?

Quand bien même je me serais trompé sur la question de la rétroactivité et quand bien même l'article 15 de la Charte s'appliquerait aux faits de la cause, je conclus que le traitement réservé à l'appellant sous le régime de l'alinéa 5(2)(b) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 n'est pas discriminatoire.

En premier lieu, tous les cas de différence de traitement ne signifient pas nécessairement qu'il y a inégalité¹³. De même, comme mon collègue le juge Linden, J.C.A., l'a fait remarquer, toutes les distinctions faites par la loi ne vont pas à l'encontre du paragraphe 15(1). Il faut que ce soit une distinction discriminatoire au regard de l'un des motifs qui y sont énumérés ou d'un motif analogue.

L'appellant soutient devant la Cour qu'il y a eu discrimination sexuelle puisque sa mère, qui est Canadienne, n'a pu lui transmettre sa nationalité alors que, si son père avait été Canadien, lui-même se serait vu attribuer la citoyenneté canadienne. Sous le régime de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947, si l'appellant avait eu pour mère une femme canadienne célibataire, il aurait pu acquérir la nationalité canadienne de sa mère¹⁴. Autrement dit, la mère canadienne pouvait transmettre sa nationalité à un enfant né hors mariage, mais non à un enfant légitime, alors que le père canadien, qu'il fût marié ou non, pouvait toujours transmettre sa nationalité. Ainsi donc, c'est plus en raison de leur état matrimonial que de leur sexe que les femmes canadiennes faisaient l'objet d'un traitement différent sous l'empire de l'ancienne Loi. Tout cela n'a plus maintenant aucune importance puisque, comme noté *supra*, cette différence de traite-

¹² *Davidson et al. v. Davidson* (1986), 33 D.L.R. (4th) 161 (C.A.C.-B.), à la p. 171.

¹³ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

¹⁴ Voir l'art. 5(1)(b)(i), *supra*, note 3.

for the children born outside of Canada after February 14 to either a Canadian father or mother.¹⁵

What we really have to consider now is the treatment given in 1977 to the appellant by paragraph 5(2)(b) of the 1977 Act. It is worth remembering that the appellant, as a result of the 1947 Act, was a foreign national and an alien when the 1977 *Citizenship Act* was enacted. When confronted with this fact in 1977, Parliament had three options: (1) ignore the issue altogether; (2) confer Canadian citizenship on all the aliens born outside of Canada prior to February 15, 1977 to married Canadian mothers; or (3) allow these children the possibility of acquiring Canadian citizenship.

Parliament was very much aware of the second option which involved retroactively conferring and imposing Canadian citizenship on foreign nationals. This would have eliminated the distinction created in 1947 between the children born to a married Canadian mother and those born to a Canadian father whose Canadian citizenship was legally maintained by paragraph 3(1)(e) of the 1977 Act.¹⁶ However, Parliament was sensitive to the national and international as well as individual implications that a retroactive legislation could have. For instance, one could lose his foreign nationality if his country of origin did not allow its nationals to have a double nationality. One could avoid compulsory military service. In other words, one could be relieved of duties imposed by his country of origin or could become, by virtue of a new nationality imposed upon him, subject to all kinds of obligations that he does not necessarily want.

That Parliament was eager to assume its international obligations and not to interfere with the political status of foreign nationals and with something as fundamental and stable¹⁷ as citizenship is evident

¹⁵ See *supra*, note 2.

¹⁶ *Supra*, note 4.

¹⁷ In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*, note 13, La Forest J. spoke of citizenship in terms of "immutability". He wrote [at p. 195]:

ment n'existe plus dans la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 à l'égard de l'enfant né à l'étranger après le 14 février, et dont soit le père soit la mère est Canadien¹⁵.

Ce qu'il faut réellement examiner maintenant, c'est le traitement réservé à l'appelant en 1977 sous le régime de l'alinéa 5(2)(b) de la Loi de 1977. Il convient de se rappeler que, par l'effet de la Loi de 1947, l'appelant était un étranger au moment de l'adoption de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977. Face à cet état de choses en 1977, le législateur avait trois options: (1) ignorer tout simplement la question; (2) accorder la citoyenneté canadienne à tous les étrangers nés à l'étranger avant le 15 février 1977, du mariage de leur mère canadienne; ou (3) leur donner la possibilité d'acquérir la citoyenneté canadienne.

Le législateur était bien conscient de la deuxième option qui consistait à attribuer et à imposer rétroactivement la citoyenneté canadienne à des étrangers. Cette mesure aurait éliminé la distinction créée en 1947 entre l'enfant né du mariage de sa mère canadienne et l'enfant né d'un père canadien, dont la citoyenneté canadienne était légalement maintenue par l'alinéa 3(1)(e) de la Loi de 1977¹⁶. Le législateur avait cependant conscience des répercussions nationales et internationales aussi bien que personnelles pour l'intéressé, que pourrait avoir une loi rétroactive. Par exemple, l'intéressé pourrait perdre sa nationalité étrangère si son pays d'origine n'autorisait pas la double nationalité. Ou il pourrait se soustraire au service militaire obligatoire. En d'autres termes, l'intéressé pourrait se libérer de toutes les obligations imposées par son pays d'origine ou pourrait se voir imposer, par suite de la nouvelle nationalité qu'on lui impose, toutes sortes d'obligations dont il ne voudrait pas nécessairement.

Que le législateur fût déterminé à assumer ses obligations internationales et à ne pas s'ingérer dans le statut politique des étrangers ni dans quelque chose d'aussi fondamental et d'aussi stable¹⁷ que la

¹⁵ *Supra*, note 2.

¹⁶ *Supra*, note 4.

¹⁷ Dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *supra*, note 13, le juge La Forest évoque l'«immutabilité» de la citoyenneté, en ces termes [à la p. 195]:

(Continued on next page)

(Suite à la page suivante)

from this excerpt of a letter sent by the then Secretary of State to a member of Parliament in response to a query made on that very issue:

Thank you for your letter of February 28, 1975 concerning the non-retroactivity of clause 3(1)(b) of Bill C-20 in respect to children born outside of Canada of a Canadian mother and non-Canadian father.

In the field of nationality and citizenship statutes the question of making retroactive legislation is one which has been considered on many occasions and one to which we have given a lot of thought. In this respect, the impact of automatic conferral of citizenship upon a person by retroactive legislation must, in addition to its national application, be considered in an international scope. Laws, of course, emerge out of custom and consent. Generally speaking, it has been found in the field of nationality that retroactive legislation is very easily interpreted as being a form of despotic infringement prejudicially affecting an existing status, i.e., non-Canadian or a foreign citizenship which might be lost or a privilege which a person enjoys as a citizen of another country, but which he would not enjoy if he were a dual national because of retroactive law.

The moral basis then for non-retroactivity is that one does not do unwanted and unasked for "favours" to persons because what one may think is a favour, another may regard as a "wrong". Further, one never knows the unforeseen consequences of the retroactive conferral upon persons of citizenship which they may not even want. [My underlining.]¹⁸

This is why, in the end, Parliament made it optional for those aliens to acquire Canadian citizenship and imposed minimal conditions. In my view, the solution adopted by Parliament in 1977 in the *Citizenship Act* created no discrimination. On the contrary, bearing in mind the social, national and international consequences of citizenship, it dealt fairly and sensibly with a past heritage. As foreign nationals or aliens, these children born outside of Canada before February 15, 1977 to a married Canadian mother were given the same treatment afforded other aliens. If anything, these children were given a preferential treatment over other aliens. It was not necessary for them to have been lawfully admitted in Canada for permanent residence and to have resided

(Continued from previous page)

The characteristic of citizenship is one typically not within the control of the individual and, in this sense, is immutable. Citizenship is, at least temporarily, a characteristic of personhood not alterable by conscious action and in some cases not alterable except on the basis of unacceptable costs.

¹⁸ Appeal Book, at p. 42.

citoyenneté, ressort de cette réponse du secrétaire d'État de l'époque à une question posée à ce sujet par un député:

[TRADUCTION] Nous avons bien reçu votre lettre du 28 février 1975 au sujet de la non-rétroactivité de l'alinéa 3(1)b) du projet de loi C-20 à l'égard de l'enfant né à l'étranger du mariage d'une femme canadienne et d'un homme non canadien.

En matière de législation sur la nationalité et la citoyenneté, la question de la rétroactivité a été examinée à plusieurs reprises et nous y avons réfléchi longuement. À cet égard, l'effet de l'attribution automatique de la citoyenneté à un individu par voie de loi rétroactive doit, au-delà de son application nationale, être examiné sur le plan international. Les lois sont le fruit de l'usage et du consentement. En termes généraux, il est établi qu'en matière de nationalité, il est facile de voir dans une loi rétroactive une forme d'ingérence despotique portant préjudice à un statut existant, c'est-à-dire une nationalité étrangère qui pourrait se perdre ou d'un privilège dont jouit un individu en sa qualité de citoyen d'un autre pays, mais dont il ne jouirait pas s'il avait la double nationalité en raison de la loi rétroactive.

Le fondement moral de la non-rétroactivité tient à ce qu'il ne faut pas faire aux gens des «favours» non voulues et non sollicitées: ce que quelqu'un peut considérer comme une faveur, quelqu'un d'autre peut le considérer comme un «tort». En outre, on ne peut jamais prédire les conséquences possibles de l'attribution rétroactive de la citoyenneté à des gens qui n'en veulent peut-être pas¹⁸. [Non souligné dans le texte.]

C'est ce qui explique pourquoi, en fin de compte, le législateur a laissé à ces étrangers la faculté d'acquérir la citoyenneté canadienne et a imposé, à cet égard, des conditions essentielles à remplir. À mon avis, la solution qu'a adoptée le législateur en 1977 par la *Loi sur la citoyenneté* n'instituait aucune discrimination. Au contraire, eu égard aux conséquences sociales, nationales et internationales de la citoyenneté, elle représentait une solution juste et judicieuse aux problèmes posés par la législation antérieure. En sa qualité d'étranger, l'enfant né à l'étranger avant le 15 février 1977 du mariage de leur mère canadienne est traité sur le même pied que les autres étrangers. À vrai dire, on lui réserve même un traitement préférentiel par rapport à ces derniers. Il ne lui est pas néces-

(Suite de la page précédente)

La citoyenneté est une caractéristique qui, normalement, ne relève pas du contrôle de l'individu et, dans ce sens, elle est immuable. La citoyenneté est, temporairement du moins, une caractéristique personnelle qu'on ne peut modifier par un acte volontaire et qu'on ne peut, dans certains cas, modifier qu'à un prix inacceptable.

¹⁸ Dossier d'appel, à la p. 42.

at least three years within the four years immediately preceding the date of their application.¹⁹

Whether section 22 of the 1977 Citizenship Act is discriminatory and contrary to section 15 of the Charter

The appellant contends also that the prohibition against the granting of citizenship to criminals pursuant to section 22 of the 1977 Act is discriminatory.²⁰ In other words, he submits that criminals born outside of Canada to a married Canadian mother ought to be treated in the same way as criminals born outside of Canada to a Canadian father. These criminals ought to be granted citizenship and you cannot grant it to one category, those with a paternal link, and not to the others who have a maternal link.

The appellant may be right in his submission if both categories of children who have later become criminals are Canadian citizens. However, section 22 is of no assistance to the appellant because it begs the very question that this Court is called upon to decide: are children born outside Canada to a married Canadian mother Canadian citizens or aliens? Section 22 applies to aliens. If the appellant is not an alien, the section does not apply. If, on the contrary, he is an alien, then he is caught by it. It is no doubt proper for Parliament to refuse to admit in Canada aliens with a criminal record or who display a criminal behavior. In the case of *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,²¹ Sopinka J. wrote:

Thus, in determining the scope of principles of fundamental justice as they apply to this case, the Court must look to the principles and policies underlying immigration law. The most fundamental principle of immigration law is that non-citizens do not have an unqualified right to enter or remain in the country. At common law an alien has no right to enter or remain in the country: *R. v. Governor of Pentonville Prison*, [1973] 2 All

¹⁹ See s. 5(1)(b) of the 1977 *Citizenship Act*, R.S.C. 1985, c. C-29.

²⁰ R.S.C., 1985, c. C-29, s. 22, see the text of the section reproduced in the reasons of Linden J.A.

²¹ [1992] 1 S.C.R. 711.

saire d'être légalement admis au Canada à titre de résident permanent, ni d'y avoir résidé au moins trois ans au cours des quatre années précédant la date de sa demande¹⁹.

a

L'article 22 de la Loi sur la citoyenneté de 1977 est-il discriminatoire et contraire à l'article 15 de la Charte?

b

L'appelant soutient que l'interdiction d'accorder la citoyenneté aux criminels, que prévoit l'article 22 de la Loi de 1977, est discriminatoire²⁰. En d'autres termes, que le criminel né à l'étranger du mariage de sa mère canadienne doit être traité sur le même pied que le criminel né à l'étranger de père canadien. Qu'il faut accorder la citoyenneté aux criminels de la première catégorie, et qu'on ne peut l'accorder à ceux qui se réclament de leur filiation paternelle tout en la refusant à ceux qui se réclament de leur filiation maternelle.

c

d

e

f

g

h

L'argument de l'appelant serait fondé si les enfants de l'une et l'autre catégories qui sont subséquentement devenus criminels étaient citoyens canadiens. L'article 22 ne lui est cependant d'aucun secours car il oblige à poser la question même que la Cour doit trancher: l'enfant né à l'étranger du mariage de sa mère canadienne est-il un citoyen canadien ou un étranger? L'article 22 s'applique aux étrangers. Si l'appelant n'est pas un étranger, cet article ne s'applique pas à son égard. Si, au contraire, il en est un, il tombe dans son champ d'application. Il est indubitable que le législateur est fondé à refuser d'admettre au Canada des étrangers qui ont un casier judiciaire ou qui manifestent un comportement criminel. Dans l'arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*²¹, le juge Sopinka a tiré cette conclusion:

Donc, pour déterminer la portée des principes de justice fondamentale en tant qu'ils s'appliquent en l'espèce, la Cour doit tenir compte des principes et des politiques qui sous-tendent le droit de l'immigration. Or, le principe le plus fondamental du droit de l'immigration veut que les non-citoyens n'aient pas un droit absolu d'entrer au pays ou d'y demeurer. En common law, les étrangers ne jouissent pas du droit d'entrer au pays ou

¹⁹ Voir l'art. 5(1)(b) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977, L.R.C. (1985), ch. C-29.

²⁰ L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 22, texte reproduit dans les motifs de jugement prononcés par le juge Linden, J.C.A.

²¹ [1992] 1 R.C.S. 711.

E.R. 741; *Prata v. Minister of Manpower & Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376.

La Forest J. recently reiterated this principle in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, *supra*, at p. 834:

The Government has the right and duty to keep out and to expel aliens from this country if it considers it advisable to do so. This right, of course, exists independently of extradition. If an alien known to have a serious criminal record attempted to enter into Canada, he could be refused admission. And by the same token, he could be deported once he entered Canada.

If it were otherwise, Canada could become a haven for criminals and others whom we legitimately do not wish to have among us.

One of the conditions Parliament has imposed on a permanent resident's right to remain in Canada is that he or she not be convicted of an offence for which a term of imprisonment of five years or more may be imposed. This condition represents a legitimate, non-arbitrary choice by Parliament of a situation in which it is not in the public interest to allow a non-citizen to remain in the country.²²

It is all the more so when it comes to the granting of citizenship which is, for instance, for an alien who has been lawfully admitted to Canada for permanent residence, the culmination of his journey toward becoming a national of Canada. In the present case, the appellant is an alien and the validly enacted section 22 of the 1977 *Citizenship Act* applies to him.

Conclusion

For these reasons, I would dismiss this appeal with costs.

d'y demeurer: *R. c. Governor of Pentonville Prison*, [1973] 2 All E.R. 741; *Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376.

Le juge La Forest a répété ce principe dans l'arrêt récent *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, précité, à la p. 834:

Le gouvernement a le droit et le devoir d'empêcher des étrangers d'entrer dans notre pays et d'en expulser s'il le juge à propos. Évidemment, ce droit existe indépendamment de l'extradition. Si un étranger dont le dossier criminel grave est notoire tente d'entrer au Canada, on peut lui refuser l'entrée. De la même façon, il pourrait être déporté une fois entré au Canada.

S'il en était autrement, le Canada pourrait devenir un refuge pour les criminels et les autres personnes que, légitimement, nous ne voulons pas avoir parmi nous.

L'une des conditions auxquelles le législateur fédéral a assujéti le droit d'un résident permanent de demeurer au Canada est qu'il ne soit pas déclaré coupable d'une infraction punissable d'au moins cinq ans de prison. Cette condition traduit un choix légitime et non arbitraire fait par le législateur d'un cas où il n'est pas dans l'intérêt public de permettre à un non-citoyen de rester au pays.²²

Ce choix est d'autant plus légitime pour ce qui est de l'octroi de la citoyenneté, qui est, pour un étranger légalement admis au Canada à titre de résident permanent, le couronnement de son cheminement vers la qualité de citoyen du Canada. En l'espèce, l'appelant est un étranger, et l'article 22, validement adopté, de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977, s'applique à son égard.

Conclusion

Par ces motifs, je me prononce pour le rejet de l'appel avec dépens.

²² *Id.*, at pp. 733-734.

²² *Id.*, aux p. 733 et 734.