

A-221-15
2016 FCA 200A-221-15
2016 CAF 200**Canadian Human Rights Commission** (*Appellant*)**Commission canadienne des droits de la personne** (*appelante*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)**Procureur général du Canada** (*intimé*)**INDEXED AS: CANADA (CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)****RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE) c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court of Appeal, Pelletier, de Montigny and Gleason J.J.A.—Vancouver, January 27; Ottawa, July 21, 2016.

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, de Montigny et Gleason, J.C.A.—Vancouver, 27 janvier; Ottawa, 21 juillet 2016.

Aboriginal Peoples — Registration — Appeal from Federal Court decision dismissing Canadian Human Rights Commission's applications for judicial review of Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) decisions dismissing complaints by several members of two First Nations alleging that provisions in Indian Act (Act) precluding registration of their children as "Indians" under the Act violating their human rights because impugned provisions constituting prohibited discrimination — Act setting out criteria as to whether individual an "Indian" under the Act — Prior to 1985, various provisions in Act providing for "enfranchisement", effectively stripping individuals, descendants thereof of right to Indian status under Act — Those provisions repealed in 1985 — Amendments (i.e. Act, ss. 6(1),(2)) introducing "second generation cut-off rule" whereby, inter alia, individuals born of only one parent with Indian status considered second generation, granted status under s. 6(2), people born of two parents with Indian status considered first generation, granted status under s. 6(1) — Complainants registered under s. 6(2) — Complainants' children not eligible for registration — Tribunal deciding that complaints not alleging discriminatory practice under Canadian Human Rights Act (CHRA), s. 5 — Finding, inter alia, that complaints directly challenging provisions of Act; still bound by decision in Public Service Alliance of Canada v. Canada (Revenue Agency) (Murphy) wherein Federal Court of Appeal finding adoption of legislation not falling under CHRA, s. 5 — Whether Murphy wrongly decided or no longer good law — Tribunal's decisions reasonable — No basis upon which to declare Murphy no longer good law — Tribunal's interpretation of s. 5, i.e. that adoption of legislation not giving rise to service customarily available to general public, reasonable — Such service requiring that something of benefit be available, held out or offered to public — Legislator not "holding out" or "offering" something of

Peuples autochtones — Inscription — Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant les demandes de contrôle judiciaire de la Commission canadienne des droits de la personne à l'encontre de décisions par lesquelles le Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) a rejeté les plaintes de plusieurs membres de deux Premières Nations qui ont allégué que les dispositions de la Loi sur les Indiens (la Loi) interdisant l'inscription de leurs enfants à titre d'« Indiens » au sens de la Loi portent atteinte à leurs droits de la personne parce que les dispositions contestées constituent de la discrimination interdite — La Loi établit les critères permettant de déterminer si une personne est un « Indien » au sens de la Loi — Avant 1985, différentes dispositions de la Loi permettaient l'« émancipation », qui avait pour effet de retirer à certaines personnes et à leurs descendants le droit au statut d'Indien au sens de la Loi — Ces dispositions ont été abrogées en 1985 — Des modifications (c.-à-d. art. 6(1) et (2)) ont introduit la « règle de l'exclusion après la deuxième génération » selon laquelle, entre autres, les personnes dont un parent a le statut d'Indien sont considérées comme étant de la deuxième génération et acquièrent le statut en vertu de l'art. 6(2), et les personnes dont les deux parents ont le statut d'Indien sont considérées comme étant de la première génération et acquièrent le statut en vertu de l'art. 6(1) — Les plaignants étaient inscrits en vertu de l'art. 6(2) — Les enfants des plaignants n'étaient pas admissibles à l'inscription — Le Tribunal a jugé que les plaintes ne visaient pas un acte discriminatoire en vertu de l'art. 5 de la Loi canadienne sur les droits de la personne (LCDP) — Le Tribunal a conclu, entre autres, que les plaintes visaient directement à contester les dispositions de la Loi et qu'il était toujours lié par la décision rendue dans l'arrêt Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada (Agence du revenu) (Murphy), où la Cour d'appel fédérale a conclu que l'adoption d'une loi ne relève pas de l'art. 5 de la

benefit when adopting legislation — Tribunal reasonably concluding binding precedent, i.e. Murphy, supporting its result — Tribunal not empowered to issue declaration of invalidity or to read in additional language into Act to broaden those entitled to Indian status — Not violating CHRA, s. 2 in declining to rule on direct challenges to federal legislation — Tribunal not alternate forum to courts for adjudicating alleged discriminatory nature of legislation — Appeal dismissed.

Human Rights — Standard of review — Federal Court dismissing applications by Canadian Human Rights Commission for judicial review of Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) decisions dismissing complaints by several members of two First Nations alleging that provisions in Indian Act (Act) precluding registration of their children as “Indians” under the Act violating their human rights — Tribunal deciding that complaints not alleging discriminatory practice under Canadian Human Rights Act (CHRA), s. 5 — Issue standard of review applicable to Tribunal’s decisions — Tribunal’s interpretation of CHRA, s. 5, determination that adoption of legislation is not a service customarily available to general public reviewable on reasonableness standard — Reasonableness standard presumptively applying to decisions of administrative tribunals interpreting constituent statutes under post-Dunsmuir v. New Brunswick case law — This presumption inapplicable under certain conditions — Difficult to draw line as to when reasonableness, correctness standard will apply to decisions of human rights tribunals interpreting scope of protections afforded in their constituent legislation — Survey of case law revealing lack of guidance on when to afford deference to decisions of human rights tribunals interpreting provisions in human rights legislation — Matter herein decided on narrower basis by applying general principles emerging from Supreme Court’s case law — Fact discrimination protection of broad general importance to legal system not enough to merit correctness review — Justification for correctness review having to be found on other basis, such as overlap of jurisdiction — No overlap in present case — Only Tribunal may decide what constitutes service customarily available to general public within meaning of s. 5 — Presumptive application of reasonableness standard of review not rebutted herein.

LCDP — Il s’agissait de déterminer si la décision rendue dans Murphy est erronée ou ne fait plus jurisprudence — Les décisions du Tribunal sont raisonnables — Il n’y a aucun motif pour déclarer que l’affaire Murphy ne fait plus autorité — L’interprétation par le Tribunal de l’art. 5 de la LCDP selon laquelle l’adoption de lois ne donne pas naissance à un service destiné au public est également raisonnable — Un tel service exige qu’il y ait un avantage et que cet avantage soit offert au public — Le Tribunal a raisonnablement conclu que le précédent qui le lie (Murphy) appuyait le résultat auquel il est parvenu — Le Tribunal n’est pas habilité à rendre une déclaration d’invalidité ou à interpréter la Loi sur les Indiens de manière à élargir le type de personnes qui peuvent réclamer le statut d’Indien — Le fait que le Tribunal refuse d’accepter qu’il a le droit d’instruire des contestations directes d’une loi fédérale ne constitue pas une atteinte à l’art. 2 de la LCDP — Le Tribunal n’est pas un for subsidiaire à la juridiction judiciaire habilité à entendre des questions se rapportant à la nature prétendument discriminatoire d’une loi — Appel rejeté.

Droits de la personne — Norme de contrôle judiciaire — La Cour fédérale a rejeté les demandes de contrôle judiciaire de la Commission canadienne des droits de la personne à l’encontre de décisions par lesquelles le Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) a rejeté les plaintes de plusieurs membres de deux Premières Nations qui ont allégué que les dispositions de la Loi sur les Indiens (la Loi) interdisant l’inscription de leurs enfants à titre d’« Indiens » au sens de la Loi portent atteinte à leurs droits de la personne — Le Tribunal a jugé que les plaintes ne visaient pas un acte discriminatoire en vertu de l’art. 5 de la Loi canadienne sur les droits de la personne (LCDP) — Il s’agissait de déterminer quelle norme de contrôle est applicable aux décisions du Tribunal — L’interprétation faite par le Tribunal de l’art. 5 de la LCDP et sa décision selon laquelle l’adoption d’une loi n’est pas un service destiné au public sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable — Selon la jurisprudence suivant l’arrêt Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, la norme de la décision raisonnable est présumée s’appliquer aux décisions de tous les tribunaux administratifs qui interprètent leurs lois constitutives — Cette présomption est toutefois inapplicable dans certaines conditions — Il est difficile de tracer une ligne quant au moment où la norme de la décision raisonnable et celle de la décision correcte s’appliquera aux décisions des tribunaux des droits de la personne qui interprètent la portée des garanties prévues dans leurs lois constitutives — Un survol de la jurisprudence a révélé qu’il y a un manque de directives quant au moment où les décisions des tribunaux des droits de la personne qui interprètent des dispositions relatives aux droits de la personne bénéficieraient d’une déférence — La question en l’espèce pouvait être tranchée de manière plus restreinte en application des principes généraux qui découlent de la jurisprudence de la Cour

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the Canadian Human Rights Commission's applications for judicial review of two decisions by the Canadian Human Rights Tribunal dismissing complaints by several members of two First Nations alleging that provisions in the *Indian Act* (Act) that preclude the registration of their children as "Indians" under the Act violate their human rights because the impugned provisions constitute prohibited discrimination on the basis of race, national or ethnic origin, sex or family status.

The Act sets out the criteria for determining whether an individual is an "Indian" under the Act. Prior to 1985, various provisions in the Act allowed for "enfranchisement", whereby individuals who had been granted Indian status through registration under the Act could be "enfranchised" from registration. The effect of enfranchisement was to strip individuals and their descendants of the right to Indian status under the Act. The Act also enshrined a patrilineal concept of descent. In 1985, Parliament repealed the enfranchisement provisions. Amendments introduced the "second generation cut-off rule" in subsections 6(1) and 6(2) of the Act. Individuals born of only one parent with Indian status are considered to be second generation and are granted status under subsection 6(2). If they have children with a person without status, they cannot transmit Indian status to their children. Conversely, people born of two parents with Indian status are considered to be first generation and are granted status under subsection 6(1). They can transmit Indian status to their children, irrespective of whether the other parent possesses Indian status. The interplay of the 1985 amendments to the *Indian Act* repealing enfranchisement with those creating the second generation cut-off rule resulted in differential treatment depending on whether one's enfranchised forbearer was a man or a woman. The British Columbia Court of Appeal found this differential treatment to be discriminatory. As a result, Parliament added paragraph 6(1)(c.1) to the Act. It provides an entitlement to registration under subsection 6(2) for individuals whose grandmothers lost their status by marrying non-Indians before April 17, 1985.

suprême — Le fait que la protection contre la discrimination soit d'une grande importance pour le système juridique ne suffit pas à justifier un contrôle selon la norme de la décision correcte — La justification d'un contrôle selon la norme de la décision correcte doit s'appuyer sur un autre fondement, notamment sur un chevauchement de compétence — Il n'y avait pas de chevauchement en l'espèce — La question de savoir ce qui constitue un service destiné au public au sens de l'art. 5 de la LCDP ne peut être tranchée que par le Tribunal — L'application présumée de la norme de contrôle de la décision raisonnable n'a pas été réfutée en l'espèce.

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant les demandes de contrôle judiciaire de la Commission canadienne des droits de la personne à l'encontre de deux décisions par lesquelles le Tribunal canadien des droits de la personne a rejeté les plaintes de plusieurs membres de deux Premières Nations qui ont allégué que les dispositions de la *Loi sur les Indiens* (la Loi) interdisant l'inscription de leurs enfants à titre d'« Indiens » au sens de la Loi portent atteinte à leurs droits de la personne parce que les dispositions contestées constituent de la discrimination interdite fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique, le sexe ou la situation de famille.

La Loi établit les critères permettant de déterminer si une personne est un « Indien » au sens de la Loi. Avant 1985, différentes dispositions de la Loi permettaient l'« émancipation », par laquelle les personnes qui s'étaient vu accorder le statut d'Indien par inscription au titre de la Loi pouvaient être « affranchies » de cette inscription. L'émancipation avait pour effet de retirer à ces personnes et à leurs descendants le droit au statut d'Indien au sens de la Loi. La Loi consacrait également une conception patrilinéaire d'ascendance. En 1985, le législateur a abrogé les dispositions relatives à l'émancipation. Les modifications ont introduit la « règle de l'exclusion après la deuxième génération » aux paragraphes 6(1) et 6(2) de la Loi. Les personnes dont un parent a le statut d'Indien sont considérées comme étant de la deuxième génération et acquièrent le statut en vertu du paragraphe 6(2). Si elles ont des enfants avec une personne sans statut d'Indien, elles ne peuvent pas transmettre le statut à leurs enfants. À l'inverse, les personnes dont les deux parents ont le statut d'Indien sont considérées comme étant de la première génération et acquièrent le statut en vertu du paragraphe 6(1). Elles peuvent transmettre le statut d'Indien à leurs enfants, peu importe que l'autre parent ait le statut ou pas. L'interaction entre les modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* en 1985 pour abroger l'émancipation et celles créant la règle de l'exclusion après la deuxième génération a entraîné un traitement différent selon que le parent émancipé était un homme ou une femme. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que ce traitement différent est discriminatoire. Par conséquent, le législateur a ajouté

There were two complainants in the present instance. In the Andrews complaints, the complainant was not entitled to be registered as a status Indian at birth because his father had been granted enfranchisement. As a result of the 1985 amendments, the complainant became eligible for registration under subsection 6(2) of the *Indian Act* as he was the child of a parent eligible under subsection 6(1) and a non-Indian parent. He was not eligible for registration under subsection 6(1). The complainant's sister, who was born before their father was enfranchised, was named in the enfranchisement order and therefore was entitled to registration under paragraph 6(1)(d) of the Act. The complainant's child could not be registered as a status Indian but his nieces and nephews could be registered. The complainant alleged that this differential treatment between himself and his half-sister and between their offspring under the provisions in the *Indian Act* constitutes prohibited discrimination on the grounds of race, national or ethnic origin and family status. In the Matson complaints, the complainants' grandmother lost her Indian status when she married a non-Indian before 1985 and regained that status under paragraph 6(1)(c) of the Act following the 1985 amendments. The complainants' father became eligible for registration under subsection 6(2). He married a woman without Indian status and the complainants were ineligible for status at the time of their birth. As a result, the complainants' children, conceived with non-status individuals, were also ineligible for registration. The complainants alleged that they would have been entitled to registration under subsection 6(1) had their indigenous heritage been transmitted through their grandfather and that their children would have been eligible for registration under subsection 6(2). The complainants were granted registration under subsection 6(2). However, the Office of the Indian Registrar determined that their children are not eligible for registration under any of the provisions of section 6 because the complainants are married to individuals who are not eligible for Indian status and are themselves registered under subsection 6(2).

The Tribunal decided that the complaints did not allege a discriminatory practice under section 5 of the *Canadian Human Rights Act* (CHRA) and dismissed the complaints. Section 5 pertains to discrimination in the provision of services customarily available to the general public. The Tribunal found, *inter alia*, that the complaints sought to directly challenge provisions of the Act; and that it was still bound by the decision in *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Revenue Agency)* (*Murphy*), wherein the Federal Court of Appeal held that the adoption of legislation is not a service customarily available to the general public within the

l'alinéa 6(1)c.1) à la Loi. Il ouvre droit à l'inscription en vertu du paragraphe 6(2) aux personnes dont les grands-mères ont perdu leur statut en mariant des non-Indiens avant le 17 avril 1985.

La présente instance vise deux plaintes. Dans les plaintes Andrews, le plaignant n'avait pas pu, à sa naissance, être inscrit au registre des Indiens parce que son père avait obtenu son émancipation. À la suite des modifications de 1985, le plaignant est devenu admissible à l'inscription en vertu du paragraphe 6(2), car il est l'enfant d'un parent admissible en vertu du paragraphe 6(1) et d'un parent non Indien. Il n'était pas admissible à l'inscription en vertu du paragraphe 6(1). La sœur du plaignant, qui est née avant que leur père soit émancipé, a été inscrite sur l'ordonnance d'émancipation et avait donc droit à l'inscription en vertu de l'alinéa 6(1)d) de la Loi. L'enfant du plaignant ne pouvait pas être inscrit à titre d'Indien, mais ses nièces et neveux pouvaient l'être. Le plaignant a allégué que ce traitement différent entre lui-même et sa demi-sœur et entre leurs enfants conformément aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* constitue de la discrimination interdite fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique et la situation de famille. Dans les plaintes Matson, la grand-mère des plaignants avait perdu son statut d'Indien lorsqu'elle s'était mariée à un non-Indien avant 1985, puis a regagné son statut en vertu de l'alinéa 6(1)c) de la Loi après les modifications de 1985. Le père des plaignants est devenu admissible à l'inscription en vertu du paragraphe 6(2). Il a marié une femme ne possédant pas le statut d'Indien, et les plaignants étaient ainsi inadmissibles au statut au moment de leur naissance. Par conséquent, les enfants des plaignants, conçus avec des non-Indiens, étaient eux aussi inadmissibles à l'inscription. Les plaignants ont allégué qu'ils auraient eu droit à l'inscription en vertu du paragraphe 6(1) si leur patrimoine indien avait été transmis par leur grand-père et que leurs enfants auraient été admissibles à l'inscription en vertu du paragraphe 6(2). Les plaignants ont eu droit à l'inscription en vertu du paragraphe 6(2). Cependant, le Bureau du registraire des Indiens a conclu que leurs enfants n'étaient pas admissibles à l'inscription en vertu des dispositions de l'article 6 parce que les plaignants étaient mariés à des personnes non admissibles au statut d'Indien et qu'ils étaient eux-mêmes inscrits en vertu du paragraphe 6(2).

Le Tribunal a jugé que les plaintes ne visaient pas un acte discriminatoire en vertu de l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP) et a rejeté les plaintes. L'article 5 porte sur la discrimination dans le cadre de la prestation de services destinés au public. Le Tribunal a conclu, entre autres, que les plaintes visaient directement les dispositions de la Loi et qu'il était toujours lié par la décision rendue dans l'arrêt *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada (Agence du revenu)* (*Murphy*), où la Cour d'appel fédérale a conclu que l'adoption d'une loi n'est pas un service destiné au public au sens de l'article 5 de la LCDP. La Cour

meaning of section 5 of the CHRA. The Federal Court held that the reasonableness standard applied to the review of the Tribunal's decisions and concluded that the decisions were reasonable, principally because they followed *Murphy*.

At issue was which standard of review is applicable to the Tribunal's decisions and whether the decision in *Murphy* should be found to have been wrongly decided or to no longer be good law.

Held, the appeal should be dismissed.

The interpretation given by the Tribunal to section 5 of the CHRA and, more specifically, to its determination that the adoption of legislation is not a service customarily available to the general public was reviewable on the reasonableness standard. Likewise, its application of that interpretation to the facts of the *Matson* and *Andrews* complaints was reviewable on the reasonableness standard as a matter of mixed fact and law.

Under *Dunsmuir v. New Brunswick* and the administrative law cases subsequently decided by the Supreme Court, the reasonableness standard presumptively applies to decisions of all administrative tribunals interpreting their constituent statutes or statutes closely related to their functions. This presumption is inapplicable if the issue under review involves a constitutional question, a question of general importance to the legal system that is outside the decision maker's specialized expertise, the determination of the respective jurisdiction of two or more administrative decision makers or a question of *vires*. In addition, the presumption may be rebutted by looking at other contextual factors such as the purpose and expertise of the tribunal, and the nature of the question at issue. It is difficult to draw a line as to when the reasonableness or the correctness standard will apply to decisions of human rights tribunals interpreting the scope of the protections afforded in their constituent legislation. A survey of the case law from across Canada demonstrated that there is a lack of guidance on when decisions of human rights tribunals interpreting provisions in human rights legislation will be afforded deference. Fortunately, the present matter could be decided on a narrower basis in application of the following general principles that emerge from the Supreme Court's case law: the pre-*Dunsmuir* case law does not satisfactorily settle the standard of review applicable to Tribunal decisions interpreting the CHRA; the interpretation of human rights legislation does not involve a constitutional question, within the meaning of the Supreme Court's administrative law jurisprudence, which leaves the courts as final arbiter of constitutional issues due to the role assigned to them under the constitution to enforce the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) and the *Constitution Act, 1867*; and the presumptive application of the reasonableness standard is

fédérale a jugé que la norme de la décision raisonnable s'applique à l'examen des décisions du Tribunal et a conclu que les décisions sont raisonnables, principalement parce qu'elles suivent la décision *Murphy*.

Il s'agissait de déterminer quelle norme de contrôle est applicable aux décisions du Tribunal et s'il y avait lieu de conclure que la décision rendue dans *Murphy* est erronée ou ne fait plus jurisprudence.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

L'interprétation faite par le Tribunal de l'article 5 de la LCDP et, plus particulièrement, sa décision selon laquelle l'adoption d'une loi n'est pas un service destiné au grand public sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. De même, l'application qu'il a faite de cette interprétation aux faits énoncés dans les plaintes *Matson* et *Andrews* est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable parce qu'il s'agit d'une question mixte de fait et de droit.

Selon l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick* et les affaires de droit administratif que la Cour suprême a par la suite instruites, la norme de la décision raisonnable est présumée s'appliquer aux décisions de tous les tribunaux administratifs qui interprètent leurs lois constitutives ou des lois étroitement rattachées à leurs fonctions. Cette présomption est inapplicable si la question faisant l'objet d'un contrôle fait intervenir une question de nature général pour le système juridique qui n'est pas du ressort d'un décideur spécialisé, la détermination des compétences respectives d'au moins deux décideurs administratifs ou une question de compétence. En outre, la présomption peut être combattue en examinant les facteurs extrinsèques comme la mission et l'expertise du tribunal, et la nature de la question en litige. Il est difficile de tracer une ligne quant au moment où la norme de la décision raisonnable et celle de la décision correcte s'appliquera aux décisions des tribunaux des droits de la personne qui interprètent la portée des garanties prévues dans leurs lois constitutives. Un survol de la jurisprudence du Canada a révélé qu'il y a un manque de directives quant au moment où les décisions des tribunaux des droits de la personne qui interprètent des dispositions relatives aux droits de la personne bénéficieront d'une déférence. Heureusement, la question en l'espèce pouvait être tranchée de manière plus restreinte en application des principes généraux suivants qui découlent de la jurisprudence de la Cour suprême : la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Dunsmuir* ne règle pas de manière satisfaisante la question de la norme de contrôle applicable aux décisions d'un tribunal interprétant la LCDP; l'interprétation de la législation en matière de droits de la personne ne soulève pas une question constitutionnelle au sens de la jurisprudence de la Cour suprême portant sur le droit administratif, ce qui fait des cours de justice les arbitres finaux des questions constitutionnelles en raison du rôle

not rebutted by the mere fact that human rights tribunals are called upon to decide important issues of broad import that possess quasi-constitutional dimensions. The fact that discrimination protection is of broad general importance to the legal system is not enough to merit correctness review. If the correctness standard applies, justification must be found on some other basis. An alternate justification may arise through application of the contextual factors and, more specifically, through the fact that in many instances issues decided by certain human rights tribunals may also arise before the courts or labour arbitrators. Several tribunals may be called upon to interpret concepts such as what constitutes discrimination, and the bounds of the *bona fide* justification defence. This overlap might provide a sound basis for selection of the correctness standard of review under general principles that flow from the Supreme Court's jurisprudence. There was no such overlap in the present case. The issue of what constitutes a service customarily available to the general public within the meaning of section 5 of the CHRA can only ever be decided by the Tribunal. The presumptive application of the reasonableness standard of review was not rebutted herein.

The Tribunal's decisions in *Matson* and *Andrews* were reasonable and there was no basis upon which to declare that *Murphy* is no longer good law. The Tribunal thoroughly canvassed the evidence, the parties' arguments and the applicable case law. It reasonably and correctly characterized the nature of the complaints. The Tribunal's interpretation of section 5 of the CHRA to the effect that the adoption of legislation does not give rise to a service customarily available to the general public was likewise reasonable. Such a service requires that something of benefit must be available and the benefit must be held out or offered to the public or a segment of the public. There is a reasonable basis to conclude that in passing legislation, a legislator is not "holding out" or "offering" something of benefit to the public or to those who might benefit from the legislation. The Tribunal reasonably concluded that the binding precedent supported the result it reached, as *Murphy* decides that one may not challenge legislation as being discriminatory under section 5 of the CHRA because the adoption of legislation is not a service customarily available to the general public. The Tribunal's interpretation was not at odds with the case law from the Supreme Court or other jurisdictions that recognize that a human rights tribunal may declare inoperative a piece of legislation that conflicts with the human rights legislation due to the primacy of the latter. The scope of the Tribunal's jurisdiction must not be conflated

qui leur est attribué par la Constitution de faire exécuter la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) et la *Loi constitutionnelle de 1867*; et l'application présumée de la norme de la décision raisonnable n'est pas invalidée par le seul fait que les tribunaux des droits de la personne sont appelés à trancher des questions importantes de portée générale et de nature quasi constitutionnelles. Le fait que la protection contre la discrimination soit d'une grande importance pour le système juridique ne suffit pas à justifier un contrôle selon la norme de la décision correcte. Si la norme de la décision correcte s'applique, la justification doit s'appuyer sur un autre fondement. Une autre justification pourrait être avancée par l'application de facteurs extrinsèques et, plus particulièrement, par le fait que dans de nombreux cas, les questions tranchées par certains tribunaux des droits de la personne peuvent aussi être soulevées devant les cours de justice ou les arbitres du travail. Plusieurs tribunaux pourraient être appelés à interpréter des concepts, notamment à déterminer ce qui constitue de la discrimination et la portée d'un moyen de défense fondé sur un motif justifiable. Ce chevauchement pourrait fournir une base solide pour la sélection de la norme de contrôle de la décision correcte conformément aux principes généraux qui découlent de la jurisprudence de la Cour suprême. Il n'y avait pas de tel chevauchement en l'espèce. La question de savoir ce qui constitue un service destiné au public au sens de l'article 5 de la LCDP ne peut être tranchée que par le Tribunal. L'application présumée de la norme de contrôle de la décision raisonnable n'a pas été réfutée en l'espèce.

Les décisions rendues par le Tribunal dans les affaires *Matson* et *Andrews* étaient raisonnables et il n'y avait aucun motif pour déclarer que l'affaire *Murphy* ne fait plus autorité. Le Tribunal a examiné attentivement la preuve, les arguments des parties et la jurisprudence applicable. Il a raisonnablement et correctement caractérisé la nature des plaintes. L'interprétation par le Tribunal de l'article 5 de la LCDP selon laquelle l'adoption de lois ne donne pas naissance à un service destiné au public est également raisonnable. Un tel service exige qu'il y ait un avantage et que cet avantage soit offert au public ou à une partie du public. Il y a des motifs raisonnables de conclure qu'en adoptant une loi, le législateur n'« offre » pas un avantage au public ou à ceux qui pourraient bénéficier de la loi. Le Tribunal a raisonnablement conclu que le précédent qui le lie appuyait le résultat auquel il est parvenu, car il a été jugé dans *Murphy* que l'on ne pouvait pas contester une loi et prétendre qu'elle est discriminatoire selon l'article 5 de la LCDP parce que l'adoption d'une loi n'est pas un service destiné au public. L'interprétation du Tribunal ne contredit pas la jurisprudence de la Cour suprême ou d'autres juridictions qui reconnaissent qu'un tribunal des droits de la personne peut déclarer inopérante une mesure législative qui entre en conflit avec les dispositions législatives sur les droits de la personne en raison de la primauté de ces dernières. La portée de la compétence du Tribunal ne

with the extent of its remedial authority once it is validly seized of a complaint. There is no reason to read section 5 as providing jurisdiction to hear legislative challenges merely because in cases where the Tribunal otherwise possesses jurisdiction it may declare conflictual legislation inoperative. The term “services” should be read in context to mean an action of a nature similar to providing goods, facilities or accommodation. The passing of legislation bears no similarity to these sorts of activities. The Tribunal is not empowered to issue a declaration of invalidity or to read in additional language into the *Indian Act* to broaden those entitled to Indian status as this type of remedy is only available to a court under subsection 24(1) of the Charter and section 52 of the *Constitution Act, 1982*. Section 2 of the CHRA is not violated if the Tribunal were to decline to accept that it is entitled to rule on direct challenges to federal legislation. Similarly, subsections 49(5) and 62(1) are consistent with the Tribunal’s interpretation. Finally, there was no reason to find that the Tribunal should be an alternate forum to the courts for adjudicating issues regarding the alleged discriminatory nature of legislation when a challenge may be made to a court under section 15 of the Charter.

doit pas être confondue avec la portée de son pouvoir d’accorder des sanctions une fois qu’il est valablement saisi d’une plainte. Il n’y a aucune raison d’interpréter l’article 5 comme conférant une compétence pour instruire des contestations législatives simplement parce que dans certains cas où le Tribunal possède de quelque autre façon la compétence de le faire, il peut déclarer inopérantes les dispositions incompatibles. Le terme « services » devrait être interprété en contexte de manière à signifier une action de nature similaire à celle de fournir des biens, des installations ou des moyens d’hébergement. L’adoption d’une loi n’a aucune similitude avec ces types d’activités. Le Tribunal n’est pas habilité à rendre une déclaration d’invalidité ou à interpréter la *Loi sur les Indiens* de manière à élargir le type de personnes qui peuvent réclamer le statut d’Indien, car ce type de redressement n’est disponible qu’en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte et de l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le fait que le Tribunal refuse d’accepter qu’il a le droit d’instruire des contestations directes d’une loi fédérale ne constitue pas une atteinte à l’article 2 de la LCDP. De même, les paragraphes 49(5) et 62(1) sont conformes à l’interprétation du Tribunal. Enfin, il n’y a aucune raison de conclure que le Tribunal devrait servir de for subsidiaire à la juridiction judiciaire habilitée à entendre des questions se rapportant à la nature prétendument discriminatoire d’une loi lorsqu’une contestation peut être soulevée devant une cour en vertu de l’article 15 de la Charte.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, ss. 58, 59.
Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 2, 60(1)(a.1).
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, 15, 24(1).
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2, 5, 15(2), 49(5), 62(1), 67 [repealed by S.C. 2008, c. 30, s. 1].
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 10.
Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29.
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5].
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
Gender Equity in Indian Registration Act, S.C. 2010, c. 18.
Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 6, 7.
Public Service Labour Relations Act, S.C. 2003, c. 22, s. 226(2)(a).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, ch. 45, art. 58, 59.
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, 15, 24(1).
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 10.
Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 2, 60(1)(a.1).
Code des droits de la personne, L.R.O., 1990, ch. H.19.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2, 5, 15(2), 49(5), 62(1), 67 [abrogé par L.C. 2008, ch. 30, art. 1].
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5].
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. 52.
Loi de 1971 sur l’assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48.
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29.

Saskatchewan Human Rights Code (The), S.S. 1979, c. S-24.1.
Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48.

Loi sur l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens, L.C. 2010, ch. 18.
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 6, 7.
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.C. 2003, ch. 22, art. 226(2)(a).
Saskatchewan Human Rights Code (The), S.S. 1979, ch. S-24.1.

CASES CITED

APPLIED:

Public Service Alliance of Canada v. Canada (Revenue Agency), 2012 FCA 7, 346 D.L.R. (4th) 488; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559.

DISTINGUISHED:

Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City), 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3.

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Larkman, 2012 FCA 204, [2012] 4 C.N.L.R. 87; *McIvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, 2009 BCCA 153, 306 D.L.R. (4th) 1; *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24, (1988), 53 D.L.R. (4th) 29 (C.A.); *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571, (1996), 133 D.L.R. (4th) 449; *Watkin v. Canada (Attorney General)*, 2008 FCA 170, 378 N.R. 268; *Canada (Attorney General) v. McKenna*, [1999] 1 F.C. 401, (1998), 167 D.L.R. (4th) 488 (C.A.); *Forward and Forward v. Citizenship and Immigration Canada*, 2008 CHRT 5, 63 C.H.R.R. D/346; *Dreaver; Fairbairn, Gingell, Irvine, Melenchuk, Ross, Watkinson, Weidenhammer and Willet v. Jim Pankiw*, 2009 CHRT 8, 67 D.H.R.R. D/310, aff'd 2010 FC 555, 20 Admin. L.R. (5th) 118; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75, 76 C.H.R.R. D/353; *Canada (Attorney General) v. Johnstone*, 2014 FCA 110, [2015] 2 F.C.R. 595; *Université de Sherbrooke c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2015 QCCA 1397; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Côté*, 2015 QCCA 1544, 96 Admin. L.R. (5th) 228; *Whatcott v. Saskatchewan (Human Rights Tribunal)*, 2010 SKCA 26 (CanLII), 317 D.L.R. (4th) 69.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada (Agence du revenu), 2012 CAF 7; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville), 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Procureur général) c. Larkman, 2012 CAF 204; *McIvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, 2009 BCCA 153, 306 D.L.R. (4th) 1; *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24 (C.A.); *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Watkin c. Canada (Procureur général)*, 2008 CAF 170; *Canada (Procureur général) c. McKenna*, [1999] 1 C.F. 401 (C.A.); *Forward et Forward c. Citoyenneté et Immigration Canada*, 2008 TCDP 5; *Dreaver; Fairbairn, Gingell, Irvine, Melenchuk, Ross, Watkinson, Weidenhammer et Willet c. Jim Pankiw*, 2009 TCDP 8, conf. par 2010 CF 555; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *Canada (Procureur général) c. Commission canadienne des droits de la personne*, 2013 CAF 75; *Canada (Procureur général) c. Johnstone*, 2014 CAF 110, [2015] 2 R.C.F. 595; *Université de Sherbrooke c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2015 QCCA 1397; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Côté*, 2015 QCCA 1544; *Whatcott v. Saskatchewan (Human Rights Tribunal)*, 2010 SKCA 26 (CanLII), 317 D.L.R. (4th) 69.

REFERRED TO:

Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs), [1999] 2 S.C.R. 203, (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; *Matson, Matson, and Schneider (née Matson) v. Indian and Northern Affairs Canada*, 2011 CHRT 14; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145, (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton et al.*, [1985] 2 S.C.R. 150, (1985), 21 D.L.R. (4th) 1; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Martin v. Alberta (Workers' Compensation Board)*, 2014 SCC 25, [2014] 1 S.C.R. 546; *Ontario (Community Safety and Correctional Services) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, 2014 SCC 31, [2014] 1 S.C.R. 674; *Canadian Artists' Representation v. National Gallery of Canada*, 2014 SCC 42, [2014] 2 S.C.R. 197; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147; *Commission scolaire de Laval v. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 SCC 8, [2016] 1 S.C.R. 29; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615; *Canadian National Railway Company v. Seeley*, 2014 FCA 111, 73 Admin. L.R. (5th) 257; *Taylor-Baptiste v. Ontario Public Service Employees Union*, 2015 ONCA 495, 126 O.R. (3d) 481; *Shaw v. Phipps*, 2012 ONCA 155, 347 D.L.R. (4th) 616; *Grogan v. Ontario (Human Rights Tribunal)*, 2012 ONSC 319 (CanLII); *Visc v. HRTO and Elia Associates Professional Corporation*, 2015 ONSC 7163 (CanLII); *Stewart v. Elk Valley Coal Corporation*, 2015 ABCA 225 (CanLII), 602 A.R. 210; *Ayangma v. Eastern School Board and Ana.*, 2008 PESCAD 10 (CanLII), 277 Nfld. & P.E.I.R. 304; *Tri-County Regional School Board v. Nova Scotia (Human Rights Board of Inquiry)*, 2015 NSCA 2, 354 N.S.R. (2d) 289; *Foster v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2015 NSCA 66, 362 N.S.R.

DÉCISIONS CITÉES :

Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1999] 2 R.C.S. 203; *Matson, Matson, et Schneider (née Matson) c. Affaires indiennes et du Nord Canada*, 2011 TCDP 14; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton et autre*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Martin c. Alberta (Workers' Compensation Board)*, 2014 CSC 25, [2014] 1 R.C.S. 546; *Ontario (Sécurité communautaire et Services correctionnels) c. Ontario (Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée)*, 2014 CSC 31, [2014] 1 R.C.S. 674; *Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada*, 2014 CSC 42, [2014] 2 R.C.S. 197; *Compagnie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147; *Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 CSC 8, [2016] 1 R.C.S. 29; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; *Compagnie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Seeley*, 2014 CAF 111; *Taylor-Baptiste v. Ontario Public Service Employees Union*, 2015 ONCA 495, 126 O.R. (3d) 481; *Shaw v. Phipps*, 2012 ONCA 155, 347 D.L.R. (4th) 616; *Grogan v. Ontario (Human Rights Tribunal)*, 2012 ONSC 319 (CanLII); *Visc v. HRTO and Elia Associates Professional Corporation*, 2015 ONSC 7163 (CanLII); *Stewart v. Elk Valley Coal Corporation*, 2015 ABCA 225 (CanLII), 602 A.R. 210; *Ayangma v. Eastern School Board and Ana.*, 2008 PESCAD 10 (CanLII), 277 Nfld. & P.E.I.R. 304; *Tri-County Regional School Board v. Nova Scotia (Human Rights Board of Inquiry)*, 2015 NSCA 2, 354 N.S.R. (2d) 289; *Foster v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2015 NSCA 66, 362 N.S.R. (2d) 190; *International Association of Fire Fighters, Local 268 v.*

(2d) 190; *International Association of Fire Fighters, Local 268 v. Adekayode*, 2016 NSCA 6, 371 N.S.R. (2d) 38; *Kandola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 85, [2015] 1 F.C.R. 549; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181, (1981), 124 D.L.R. (3d) 193; *Honda Canada Inc. v. Keays*, 2008 SCC 39, [2008] 2 S.C.R. 362; *Chopra v. Canada (Attorney General)*, 2007 FCA 268, [2008] 2 F.C.R. 393.

Adekayode, 2016 NSCA 6, 371 N.S.R. (2d) 38; *Kandola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 85, [2015] 1 R.C.F. 549; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245; *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181; *Honda Canada Inc. c. Keays*, 2008 CSC 39, [2008] 2 R.C.S. 362; *Chopra c. Canada (Procureur général)*, 2007 FCA 268, [2008] 2 R.C.F. 393.

AUTHORS CITED

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, Vol. 4 "Perspectives and Realities". Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1996.

Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*. Toronto: Butterworths, 1974.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 4 « Perspectives et réalités ». Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1996.

Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*. Toronto : Butterworths, 1974.

APPEAL from a Federal Court decision (2015 FC 398, [2015] 3 C.N.L.R. 1) dismissing the Canadian Human Rights Commission's applications for judicial review of two decisions by the Canadian Human Rights Tribunal (2013 CHRT 13, 77 C.H.R.R. D/260; 2013 CHRT 21, 78 C.H.R.R. D/162) dismissing complaints by several members of two First Nations alleging that provisions in the *Indian Act* that preclude the registration of their children as "Indians" under the Act violate their human rights because the impugned provisions constitute prohibited discrimination on the basis of race, national or ethnic origin, sex or family status. Appeal dismissed.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2015 CF 398) rejetant les demandes de contrôle judiciaire de la Commission canadienne des droits de la personne à l'encontre de deux décisions (2013 TCDP 13; 2013 TCDP 21) par lesquelles le Tribunal canadien des droits de la personne a rejeté les plaintes de plusieurs membres de deux Premières Nations qui ont allégué que les dispositions de la *Loi sur les Indiens* interdisant l'inscription de leurs enfants à titre d'« Indiens » au sens de la Loi portent atteinte à leurs droits de la personne parce que les dispositions contestées constituent de la discrimination interdite fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique, le sexe ou la situation de famille. Appel rejeté.

APPEARANCES

Brian Smith and *Fiona Keith* for appellant.
Sean Stynes and *Josef Rosenthal* for respondents.

ONT COMPARU

Brian Smith et *Fiona Keith* pour l'appelante.
Sean Stynes et *Josef Rosenthal* pour l'intimé.

SOLICITORS OF RECORD

Canadian Human Rights Commission for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

La Commission canadienne des droits de la personne pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] GLEASON J.A.: This appeal raises important issues about the degree of deference to be afforded to the Canadian Human Rights Tribunal (the Tribunal), when it interprets its constituent legislation, and about the breadth of its jurisdiction to hear challenges to federal legislation that is alleged to be discriminatory.

[2] These issues arise in the context of complaints filed under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (the CHRA) by several members of two First Nations. The complainants alleged that provisions in the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 [Act], that preclude the registration of their children as “Indians” under that Act violate their human rights because the impugned provisions constitute prohibited discrimination on the basis of race, national or ethnic origin, sex or family status.

[3] The CHRA prohibits a number of discriminatory practices. One of them is discrimination in the provision of services customarily available to the general public on one of the grounds enumerated in the CHRA. Section 5 of the CHRA defines this discriminatory practice in the following terms:

Denial of good, service, facility or accommodation

5 It is a discriminatory practice in the provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the general public

(a) to deny, or to deny access to, any such good, service, facility or accommodation to any individual, or

(b) to differentiate adversely in relation to any individual,

on a prohibited ground of discrimination.

[4] In two very thoughtful and thorough decisions, reported as 2013 CHRT 13, 77 C.H.R.R. D/260 [*Matson et al. v. Indian and Northern Affairs Canada*] (*Matson*) and 2013 CHRT 21, 78 C.H.R.R. D/162 [*Andrews et al.*

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

[1] LA JUGE GLEASON, J.C.A. : Le présent appel soulève d’importantes questions quant à la déférence à accorder au Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) lorsqu’il interprète sa loi constituante, ainsi que de la portée de sa compétence pour entendre des contestations visant des mesures législatives fédérales prétendument discriminatoires.

[2] Ces questions se posent dans le cadre de plaintes déposées en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la LCDP) par plusieurs membres de deux Premières Nations. Les plaignants soutiennent qu’en empêchant que leurs enfants soient inscrits à titre d’« Indiens » au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 [la Loi], les dispositions attaquées violent leurs droits fondamentaux puisqu’elles donnent lieu à une forme de discrimination interdite fondée sur la race, l’origine nationale ou ethnique, le sexe ou la situation de famille.

[3] La LCDP interdit un certain nombre d’actes discriminatoires. Notamment, la LCDP interdit la discrimination perpétrée dans le cadre de la prestation de services destinés au public pour l’un des motifs qui y sont énumérés. L’article 5 définit comme suit cet acte discriminatoire :

Refus de biens, de services, d’installations ou d’hébergement

5 Constitue un acte discriminatoire, s’il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, pour le fournisseur de biens, de services, d’installations ou de moyens d’hébergement destinés au public :

a) d’en priver un individu;

b) de le défavoriser à l’occasion de leur fourniture.

[4] Par deux décisions très raisonnées et fouillées (2013 TCDP 13 [*Matson et al. c. Affaires indiennes et du Nord Canada*] (*Matson*) et 2013 TCDP 21 [*Andrews et al. c. Affaires et du Nord Canada*] (*Andrews*)), le

v. *Indian and Northern Affairs*] (*Andrews*), the Tribunal determined that the complaints in the present case were direct challenges to provisions in the *Indian Act* and that, as such, did not allege a discriminatory practice under section 5 of the CHRA because the adoption of legislation is not a service “customarily available to the general public” within the meaning of section 5 of the CHRA. While sensitive to the merits of the complainants’ claims, the Tribunal ruled that the challenge to the impugned provisions in the *Indian Act* may only be brought under section 15 of the *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] (the Charter) and therefore needs to be made to a court of law. In so deciding, the Tribunal relied on the decision in *Public Service Alliance of Canada v. Canada Revenue Agency*, 2012 FCA 7, 346 D.L.R. (4th) 488 (*Murphy*), where this Court held that the adoption of legislation is not a service customarily available to the general public within the meaning of section 5 of the CHRA. In result, the Tribunal dismissed the complaints.

[5] The Canadian Human Rights Commission (the Commission) participated in the hearings before the Tribunal and supported the complainants’ position. Following release of the Tribunal’s decisions, the Commission filed two judicial review applications with the Federal Court, seeking to set the Tribunal’s decisions aside. In a decision dated March 30, 2015, the Federal Court (*per* Justice McVeigh) dismissed the Commission’s applications: *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 398, [2015] 3 C.N.L.R. 1. The Federal Court held that the reasonableness standard applies to the review of the Tribunal’s decisions and concluded that the decisions were reasonable, principally because they followed *Murphy*.

[6] The Commission has appealed the Federal Court’s decision to this Court and argues that it must be set aside for two reasons. First, it says that the Federal Court erred in applying the reasonableness standard of review because the controlling authority from the Supreme Court of Canada indicates that the correctness standard is

Tribunal a conclu que les plaintes visées en l’espèce sont directement contraires aux dispositions de la *Loi sur les Indiens*, mais qu’elles ne mettent pas en cause un acte discriminatoire au sens de l’article 5 de la LCDP puisque l’adoption de mesures législatives ne constitue pas un service « [destiné] au public » au sens de cet article. Tout en étant sensible au bien-fondé des thèses des plaignants, le Tribunal a conclu qu’une contestation des dispositions visées de la *Loi sur les Indiens* ne peut être engagée que sous le régime de l’article 15 de la *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] (la Charte) et doit par conséquent être déférée au juge judiciaire. Le Tribunal se fonde sur la jurisprudence *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada Agence du revenu*, 2012 CAF 7 (*Murphy*), par laquelle notre Cour a décidé que l’adoption de mesures législatives n’est pas un service destiné au public au sens de l’article 5 de la LCDP. En conséquence, le Tribunal a rejeté les plaintes.

[5] La Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) a participé aux audiences devant le Tribunal et elle a appuyé la position des plaignants. Après la publication des décisions du Tribunal, la Commission a déposé deux demandes de contrôle judiciaire à la Cour fédérale afin d’obtenir l’annulation desdites décisions. La Cour fédérale a rejeté les demandes de la Commission par une décision datée du 30 mars 2015 (rendue par la juge McVeigh) : *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 398. La Cour fédérale, après avoir observé que les décisions du Tribunal sont assujetties à la norme de contrôle de la décision raisonnable, a conclu qu’en l’occurrence, elles étaient raisonnables, principalement parce qu’elles suivaient la jurisprudence *Murphy*.

[6] La Commission a interjeté appel de la décision de la Cour fédérale devant notre Cour, soutenant que deux raisons appelaient son annulation. Tout d’abord, la Commission déclare que la Cour fédérale a appliqué à tort la norme de contrôle de la décision raisonnable parce que la jurisprudence de la Cour suprême du Canada

applicable to decisions like these, which interpret the scope of rights protected by human rights legislation. Second, the Commission says that the Tribunal’s decisions are incorrect as section 5 of the CHRA must be interpreted as extending to complaints that directly challenge federal legislation. The Commission recognizes that *Murphy* holds otherwise, but says that we should conclude that *Murphy* was wrongly decided or has been overtaken by subsequent jurisprudence of the Supreme Court of Canada and is thus not good law.

[7] For the reasons that follow, I disagree with the Commission on both points and therefore would dismiss this appeal. However, I would not grant the respondent the costs it seeks as the Commission brought this appeal in the public interest to clarify the means to challenge federal legislation that is alleged to be discriminatory. I thus believe that it is appropriate to refrain from awarding costs against the Commission.

I. Background

[8] To place the issues in this appeal into context, it is useful to begin by a review of the impugned provisions in the *Indian Act* and of the facts which gave rise to the human rights complaints in the present case.

A. *The Relevant Provisions in the Indian Act*

[9] Since Confederation, the federal government has followed a policy of defining who is an “Indian” for the purpose of regulating its relationship with indigenous peoples. For some time, such status has been—and continues to be—governed by the *Indian Act*, which sets out the criteria for determining whether an individual is an “Indian” under the Act. (I refer to such a determination in the balance of these reasons as a grant of “Indian status” and am sensitive to the fact that many indigenous

qui fait autorité enseigne que l’interprétation de la portée des garanties reconnues par les lois en matière de droits de la personne — qui fait l’objet des décisions en cause — commande l’application de la norme de la décision correcte. La Commission ajoute que les décisions du Tribunal sont erronées parce que l’article 5 de la LCDP doit être interprété comme visant aussi les plaintes qui attaquent directement une loi fédérale. La Commission convient que l’enseignement de l’arrêt *Murphy* est différent, mais elle nous demande de conclure qu’il est erroné ou que la Cour suprême du Canada a opéré un revirement de jurisprudence que cet arrêt ne fait donc plus autorité.

[7] Par les motifs exposés ci-après, je rejette les deux thèses de la Commission et je serais par conséquent d’avis de rejeter l’appel. Cependant, je n’adjugerais pas à l’intimé les dépens demandés, étant donné que la Commission a formé le présent appel dans l’intérêt public, en vue d’obtenir des éclaircissements sur les voies de recours en matière de mesures législatives fédérales prétendument discriminatoires. Pour cette raison, je suis d’avis qu’il convient de ne pas adjuger les dépens contre la Commission.

I. Contexte

[8] Afin de mettre en contexte les questions soulevées dans le cadre du présent appel, j’examinerai d’abord les dispositions controversées de la *Loi sur les Indiens*, ainsi que les faits à l’origine des plaintes fondées sur les droits de la personne en cause.

A. *Les dispositions controversées de la Loi sur les Indiens*

[9] Depuis la Confédération, le gouvernement fédéral a eu pour politique de définir clairement la notion « d’Indien » afin de régir sa relation avec les peuples autochtones. Pendant un certain temps, et c’est d’ailleurs encore le cas aujourd’hui, la *Loi sur les Indiens* a régi le statut d’Indien en énonçant les critères qui servent à déterminer qui sont les « Indiens » qui y sont assujettis. (J’utiliserai ce terme dans la suite des présents motifs en référence à l’octroi du « statut d’Indien », en étant

people find this terminology offensive. It is, however, the terminology that is used in the legislation and thus is relevant to the issues in this appeal.)

[10] It is common ground between the parties that a grant of Indian status under the *Indian Act* confers a number of benefits, such as entitlement to non-insured health benefits, certain tax exemptions and, in some instances, post-secondary education benefits. Status may also confer intangible benefits related to acceptance within indigenous communities.

[11] Prior to 1985, various provisions in the *Indian Act* allowed for “enfranchisement”, a process whereby individuals who had been granted Indian status through registration under the *Indian Act* could be “enfranchised” from registration, either voluntarily or involuntarily. The effect of enfranchisement was to strip individuals and their descendants of the right to Indian status under the *Indian Act*. As noted by the Tribunal at paragraph 2 of *Andrews*:

.... Generally speaking, enfranchisement was a process by which the federal government stripped an Indian, all of his or her minor unmarried children and future descendants of Indian status and band membership in exchange for incentives and various entitlements under the *Indian Act* and otherwise, depending on the mechanisms in force at the time of enfranchisement. At different times, these incentives included such things as Canadian citizenship, the right to vote in Canadian elections, rights to hold life and/or fee simple estates in reserve lands, or per capita shares of funds held on behalf of the First Nation.

[12] The assumptions behind the enfranchisement policy were undoubtedly discriminatory: First Nations peoples were encouraged or required to renounce their heritage and identity in order to benefit from some of the advantages enjoyed by other members of Canadian society. Several courts have commented on the discriminatory nature of the enfranchisement policy: see, for example, *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at paragraph 88,

consciente que beaucoup d’Autochtones trouvent cette terminologie offensante. Toutefois, comme il s’agit de la terminologie utilisée dans la législation, elle apparaît la plus pertinente aux fins de l’analyse des questions soulevées dans le présent appel.)

[10] Il n’est pas controversé entre les parties que l’octroi du statut d’Indien aux termes de la *Loi sur les Indiens* confère un certain nombre d’avantages, dont l’accès aux soins de santé non assurés et aux prestations de maladie, certaines exemptions fiscales et, dans certains cas, une assistance pour les études postsecondaires. Ce statut peut également accorder des avantages moins tangibles se rapportant à l’insertion au sein d’une communauté autochtone.

[11] Avant 1985, différentes dispositions de la *Loi sur les Indiens* permettaient aux Indiens d’obtenir leur « émancipation », un processus au titre duquel les personnes qui avaient obtenu leur statut par suite de leur inscription en vertu de la Loi pouvaient être « affranchies », de manière volontaire ou non. Les personnes émancipées et leurs descendants perdaient le droit de revendiquer le statut d’Indien en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Voici un commentaire du Tribunal à cet égard, au paragraphe 2 de la décision *Andrews* :

[...] En général, l’émancipation était un processus par lequel le gouvernement fédéral retirait à un Indien, à tous ses enfants non mariés et à ses futurs descendants le statut d’Indien et l’appartenance à une bande en échange d’incitatifs et de divers droits en vertu de la *Loi sur les Indiens* et en vertu d’autres règlements, en fonction des mécanismes en vigueur au moment de l’émancipation. À divers moments, ces incitatifs comprenaient, entre autres, la citoyenneté canadienne, le droit de vote aux élections canadiennes, le droit à un domaine à vie ou à un domaine en fief simple sur les terres de réserve ou des parts par personne des fonds tenus pour les Premières Nations.

[12] La politique d’émancipation était indubitablement fondée sur une philosophie discriminatoire, dans la mesure où les membres d’une Première Nation étaient incités ou obligés à renoncer à leur héritage et à leur identité pour avoir droit à des avantages dont bénéficiait le reste de la population canadienne. La jurisprudence s’est prononcée à plusieurs occasions sur la nature discriminatoire de la politique d’émancipation (voir notamment l’arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des*

and *Canada (Attorney General) v. Larkman*, 2012 FCA 204, [2012] 4 C.N.L.R. 87 (*Larkman*). In *Larkman*, this Court noted (at paragraphs 10–12):

“Enfranchisement” is a euphemism for one of the most oppressive policies adopted by the Canadian government in its history of dealings with Aboriginal peoples: *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples: Looking Forward, Looking Backward*, vol. 1 (Ottawa: Canada Communication Group Publishing, 1996) at page 271.

Beginning in 1857 and evolving into different forms until 1985, “enfranchisement” was aimed at assimilating Aboriginal peoples and eradicating their culture or, in the words of the 1857 Act, encouraging “the progress of [c]ivilization” among Aboriginal peoples: *An Act to Encourage the Gradual Civilization of [the] Indian Tribes in the Province and [to] Amend the Laws Respecting Indians*, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., c. 26 (initial law); *An Act to Amend the Indian Act*, S.C. 1985, c. 27 (the abolition).

Under one form of “enfranchisement” ... Aboriginal peoples received Canadian citizenship and the right to hold land in fee simple. In return, they had to renounce – on behalf of themselves and all their descendants, living and future – their legal recognition as an “Indian,” their tax exemption, their membership in their Aboriginal community, their right to reside in that community, and their right to vote for their leaders in that community.

[13] Prior to 1985, the *Indian Act* also enshrined a patrilineal concept of descent that was foreign to many indigenous traditions: *Corbiere*, at paragraph 86, quoting from the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996), Vol. 4 “Perspectives and Realities”, at page 26. Under the rules enshrined in the *Indian Act* prior to 1985, Indian status was based almost entirely on lineage stemming from a man who had such status. The children of men with Indian status, who married and had offspring with women without status, were granted Indian status under the pre-1985 legislation. Conversely, women who possessed Indian status but who had children with a man without status were unable to pass Indian status on to their children. In addition, their own status was dependent on that of the men they married.

Affaires indiennes et du Nord canadien, [1999] 2 R.C.S. 203, au paragraphe 88, et la décision *Canada (Procureur général) c. Larkman*, 2012 CAF 204 (*Larkman*). Dans la décision *Larkman*, notre Cour remarque que (aux paragraphes 10 à 12) :

L’« émancipation » est un euphémisme employé pour désigner l’une des politiques les plus oppressives adoptées par le gouvernement canadien au cours de l’histoire de ses rapports avec les peuples autochtones (*Un passé, un avenir, Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 1 (Ottawa, Groupe Communication Canada, Édition, 1996), à la page 290).

À partir de 1857 et par la suite sous différentes formes jusqu’en 1985, l’« émancipation » visait à assimiler les peuples autochtones et à éradiquer leur culture ou, pour reprendre les mots employés dans la loi de 1857, à « encourager le progrès de la civilisation » chez les peuples autochtones (*Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages en cette Province et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., c. 26 (loi initiale); *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, L.C. 1985, ch. 27 (l’abolition)).

Suivant l’une des formes d’« émancipation » [...] les Autochtones se voyaient octroyer la citoyenneté canadienne et le droit de détenir une terre en fief simple. En retour, ils devaient renoncer – en leur nom personnel et au nom de tous leurs descendants nés ou à naître – à leur statut légal d’« Indien », à leurs exemptions fiscales, à leur appartenance à leur communauté autochtone, à leur droit de résider au sein de cette communauté, et à leur droit de voter pour les dirigeants de leur communauté.

[13] Avant 1985, la *Loi sur les Indiens* consacrait également une conception patrilinéaire d’ascendance qui s’éloignait des nombreuses traditions autochtones : *Corbiere*, au paragraphe 86, citant le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996), vol. 4 « Perspectives et réalités », à la page 28. Selon les règles énoncées dans la *Loi sur les Indiens* avant 1985, le statut d’Indien suivait presque entièrement le principe de la filiation paternelle. Avant 1985, les enfants des hommes ayant un statut d’Indien étaient autorisés à conserver ce statut même si leur mère en était dépourvue. En revanche, les femmes qui disposaient de ce statut ne pouvaient le transmettre à leurs enfants si leur père était un non-Indien. De surcroît, leur propre statut dépendait de celui de leur mari.

[14] In 1985, Parliament repealed the enfranchisement provisions in the *Indian Act* and changed the rules governing the acquisition of status, in an attempt to remove gender-based discrimination.

[15] On the latter point, the amendments introduced what is often called the “second generation cut-off rule” in subsections 6(1) and 6(2) of the *Indian Act*. Generally speaking, these provisions contemplate that individuals born of only one parent with Indian status are considered to be second generation and are granted status under subsection 6(2). If they have children with a person without status, they cannot transmit Indian status to their children. Conversely, people born of two parents with Indian status are generally speaking considered to be first generation and are granted status under subsection 6(1) of the *Indian Act*. They can transmit Indian status to their children, irrespective of whether the other parent possesses Indian status. The second generation cut-off rule functions as follows:

- 6(1) has child with 6(1) = 6(1) child
- 6(1) has child with 6(2) = 6(1) child
- 6(2) child has child with 6(2) = 6(1) child
- 6(1) has child with a person without Indian status = 6(2) child
- 6(2) has child with a person without Indian status = child has no status.

[16] In terms of the repeal of enfranchisement, the 1985 amendments provided an entitlement to registration under subsection 6(1) of the *Indian Act* to those who had

[14] En 1985, soucieux d’éliminer la discrimination fondée sur le sexe, le Parlement a abrogé les dispositions de la *Loi sur les Indiens* portant sur l’émancipation et il a modifié les règles relatives à l’acquisition du statut d’Indien.

[15] Sur ce dernier point, les modifications ont instauré ce qu’il est convenu d’appeler la « règle de l’exclusion après la deuxième génération » aux paragraphes 6(1) et 6(2) de la *Loi sur les Indiens*. De manière générale, selon ces dispositions, la personne dont un seul des parents possède le statut d’Indien est réputée appartenir à la deuxième génération et se voit attribuer ce statut au titre du paragraphe 6(2). Par contre, cette même personne ne peut transmettre son statut d’Indien à des enfants nés d’une union avec quelqu’un qui n’a pas ce statut. À l’inverse, les personnes dont les deux parents ont le statut d’Indien sont, de manière générale, considérées comme appartenant à la première génération et peuvent être inscrites au registre des Indiens en vertu du paragraphe 6(1) de la *Loi sur les Indiens*. Elles peuvent transmettre leur statut d’Indien à leurs enfants, que l’autre parent soit inscrit au registre ou non. La règle de l’exclusion après la deuxième génération fonctionne comme suit :

- enfant de 2 personnes inscrites au titre du paragraphe 6(1) = inscrit au titre du paragraphe 6(1)
- enfant d’une personne inscrite au titre du paragraphe 6(1) et d’une personne inscrite au titre du paragraphe 6(2) = inscrit au titre du paragraphe 6(1)
- enfant de 2 personnes inscrites au titre du paragraphe 6(2) = inscrit au titre du paragraphe 6(1)
- enfant d’une personne inscrite au titre du paragraphe 6(1) et d’une personne non inscrite = inscrit au titre du paragraphe 6(2)
- enfant d’une personne inscrite au titre du paragraphe 6(2) et d’une personne non inscrite = non inscrit.

[16] Par ailleurs, la réforme de 1985 accordait le droit de s’inscrire au registre sous le régime du paragraphe 6(1) de la *Loi sur les Indiens* aux personnes émancipées et

been enfranchised and whose names appeared in an Order in Council issued under the former enfranchisement provisions. However, the amendments also provided in section 7 that women were not entitled to be registered if they had: (i) no claim to Indian status by virtue of their own ancestry; (ii) acquired such status only via a pre-1985 marriage to a man with status; and (iii) lost such status by virtue of enfranchisement.

[17] The interplay of the 1985 amendments to the *Indian Act* repealing enfranchisement with those creating the second generation cut-off rule resulted in differential treatment depending on whether one's enfranchised forbearer was a man or a woman. Where an individual's only forbearer with Indian status was a mother, who lost her status due to marriage with a non-Indian but regained it as a result of the 1985 amendments, offspring could be registered only under subsection 6(2) of the *Indian Act*. In result, they could not pass status on to children they had with a non-status person as such children fell within the third generation under the rules then enshrined in the *Indian Act*. However, the result was the opposite if the forbearer with status was an individual's father. In those circumstances, the individual was entitled to registration under subsection 6(1) of the *Indian Act*, was deemed to be within the first generation, and accordingly could pass status on to children the individual had with a non-status person.

[18] This situation was addressed by the British Columbia Court of Appeal in *McIvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, 2009 BCCA 153, 306 D.L.R. (4th) 1 (*McIvor*), where the Court found that paragraphs 6(1)(a) and 6(1)(c) of the *Indian Act* infringed section 15 of the Charter in a manner that was not justified by section 1 of the Charter. More specifically, the Court determined that the impugned provisions of the *Indian Act* created a discriminatory distinction between individuals who inherited their indigenous heritage through their grandfather (who would also inherit Indian status) and those who inherited their heritage through their grandmother (who lost their status).

à celles dont le nom figurait sur une ordonnance du gouverneur en conseil prise en vertu des dispositions antérieures sur l'émancipation. Toutefois, l'article 7 de la Loi modifiée privait du droit de s'inscrire les femmes qui : i) ne pouvaient revendiquer le statut d'Indien du fait de leur propre ascendance; ii) avaient obtenu ce statut à la suite de leur mariage avec un homme détenant ce statut avant 1985; iii) avaient perdu ce statut par émancipation.

[17] L'interaction des modifications de 1985 qui abrogeaient les dispositions sur l'émancipation dans la *Loi sur les Indiens* avec celles qui créaient la règle d'exclusion après la deuxième génération a résulté en des traitements différents selon que le parent émancipé était un homme ou une femme. Dans le cas de la personne dont la mère seulement disposait du statut d'Indien, qu'elle avait récupéré après la réforme de 1985 après l'avoir perdu par suite d'un mariage avec un homme non inscrit, ses enfants ne pouvaient être inscrits qu'au titre du paragraphe 6(2) de la *Loi sur les Indiens*. Par conséquent, s'ils avaient des enfants avec une personne non inscrite, ces derniers ne pouvaient pas leur transmettre leur statut puisqu'ils appartenaient à la troisième génération suivant les règles consacrées par la *Loi sur les Indiens*. Les règles de la transmission étaient toutefois différentes si le parent inscrit était le père. En pareil cas, l'intéressé pouvait s'inscrire au titre du paragraphe 6(1) de la *Loi sur les Indiens* et était donc réputé appartenir à la première génération; par conséquent, il pouvait transmettre son statut à ses enfants même si l'autre parent n'était pas inscrit au registre.

[18] Cette question a été examinée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à l'occasion de l'affaire *McIvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, 2009 BCCA 153, 306 D.L.R. (4th) 1 (*McIvor*). Elle a conclu que les alinéas 6(1)a) et 6(1)c) de la *Loi sur les Indiens* étaient contraires à l'article 15 de la Charte d'une manière qui ne peut se justifier au regard de l'article premier de celle-ci. Plus précisément, la Cour a conclu que les dispositions contestées de la *Loi sur les Indiens* créaient une distinction discriminatoire entre les personnes dont l'ascendance autochtone leur venait de leur grand-père (et qui avaient donc hérité le statut d'Indien) et celles qui avaient hérité leur statut de leur grand-mère (et qui avaient perdu ce statut).

[19] In response to the decision in *McIvor*, Parliament enacted the *Gender Equity in Indian Registration Act*, S.C. 2010, c. 18 (the GEIRA) on January 31, 2011. Among other things, this legislation added a new paragraph 6(1)(c.1) to the *Indian Act*. This new paragraph provides an entitlement to registration under subsection 6(2) of the *Indian Act* for individuals whose grandmothers lost their status by marrying non-Indians before April 17, 1985.

[20] Having outlined the relevant legislative backdrop to the two complaints, I turn now to discuss the particular facts involved in each complaint.

B. *The Andrews Complaints*

[21] Roger William Andrews filed two human rights complaints that centred on the difference in the way he was treated, with respect to Indian status, as compared to his sister, who was several years older. He was registered under subsection 6(2) of the *Indian Act* but his sister was registered under subsection 6(1). She could therefore pass Indian status on to the children she had with a non-status individual but Mr. Andrews could not.

[22] Their father was recorded at birth as a member of the Naotkamegwaning First Nation (also known as the Whitefish Bay Indian Band) and was registered as a status Indian. He married a woman who had no aboriginal ancestry, but who became a status Indian upon her marriage by virtue of the provisions of the *Indian Act* then in force. The complainant's father subsequently applied for and was granted enfranchisement in exchange for various incentives. In result, he, his wife and their unmarried child (the complainant's sister) lost their Indian status by virtue of the enfranchisement order.

[23] Some years later, following his enfranchisement, the complainant's father had another child—the complainant—with another woman who did not have Indian status and who had never been entitled to such a status. At birth, the complainant was not entitled to be registered as a status Indian because his father had been granted enfranchisement.

[19] À la suite de la jurisprudence *McIvor*, le Parlement a adopté la *Loi sur l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens*, L.C. 2010, ch. 18, le 31 janvier 2011. Cette loi ajoute notamment l'alinéa 6(1)c.1) à la *Loi sur les Indiens* afin d'autoriser l'inscription au titre du paragraphe 6(2) des personnes dont la grand-mère avait été dépouillée de son statut par suite d'un mariage avec un non-Indien avant le 17 avril 1985.

[20] Après avoir donné les grandes lignes du contexte législatif dans lequel s'inscrivent les deux plaintes, j'exposerai les faits particuliers de chacune.

B. *Les plaintes de M. Andrews*

[21] Les deux plaintes de Roger William Andrews en matière de droits de la personne portent sur le traitement différent que lui et sa sœur, de plusieurs années son aînée, ont reçu relativement au statut d'Indien. Lui-même était inscrit au registre en vertu du paragraphe 6(2) de la *Loi sur les Indiens*, mais sa sœur y était inscrite en vertu du paragraphe 6(1). Elle pouvait de ce fait transmettre son statut aux enfants qu'elle a eus avec un non-Indien, un droit dont M. Andrews était privé.

[22] Leur père était inscrit depuis sa naissance comme membre de la Première Nation Naotkamegwaning (aussi appelée bande indienne de Whitefish Bay), et il disposait du statut d'Indien. Il s'était marié avec une femme sans ascendance autochtone qui, après leur mariage, avait acquis son statut d'Indienne sous le régime de la *Loi sur les Indiens* alors en vigueur. Cet homme avait par la suite demandé et obtenu son émancipation en échange de divers incitatifs. L'ordonnance d'émancipation a eu pour effet de retirer leur statut à sa femme et à leur enfant non marié (la sœur du plaignant).

[23] Quelques années après son émancipation, le père du plaignant a eu un autre enfant — le plaignant — avec une autre femme qui n'était pas inscrite et qui n'avait jamais eu droit au statut d'Indien. À sa naissance, le plaignant n'a pas pu être inscrit au registre des Indiens parce que son père avait obtenu son émancipation.

[24] As a result of the 1985 amendments, the complainant became eligible for registration under subsection 6(2) of the *Indian Act* as he was the child of a parent eligible under subsection 6(1) and a non-Indian parent. He was not eligible for registration under subsection 6(1) because his birth occurred after his father's enfranchisement and the complainant's name therefore did not appear in an enfranchisement order. Had the complainant been born before his father was enfranchised, the 1985 amendments to the *Indian Act* would have provided him entitlement to registration under paragraph 6(1)(d) of the *Indian Act*. The complainant's sister, who was born before their father was enfranchised, was named in the enfranchisement order and therefore was entitled to registration under paragraph 6(1)(d) of the *Indian Act* even though her mother, like the complainant's, had no aboriginal ancestry. Both she and the complainant had children with individuals without Indian status. In result, the complainant's child could not be registered as a status Indian but his nieces and nephews could be registered.

[25] In the two complaints he filed, one on his own behalf and the other on behalf of his child, Mr. Andrews alleged that this differential treatment between himself and his half-sister and between their offspring under the provisions in the *Indian Act* constitutes prohibited discrimination on the grounds of race, national or ethnic origin and family status.

C. *The Matson Complaints*

[26] Jeremy Matson, Mardy Matson and Melody Schneider are siblings and have a grandmother who lost her Indian status when she married a non-Indian before 1985 and regained that status under paragraph 6(1)(c) of the *Indian Act* following the 1985 amendments. By virtue of those amendments, the complainants' father became eligible for registration under subsection 6(2) of the *Indian Act*. He married a woman without Indian status and the complainants, like one of the plaintiffs in *McIvor*, were ineligible for status at the time of their birth. As a result, the complainants' children, conceived with non-status individuals, were also ineligible for registration.

[24] Après la réforme de 1985, le plaignant est devenu admissible à l'inscription au titre du paragraphe 6(2) de la *Loi sur les Indiens* puisque l'un de ses parents était admissible au titre du paragraphe 6(1) et que son autre parent n'avait pas le statut d'Indien. Le plaignant n'avait pas le droit d'être inscrit au titre du paragraphe 6(1) parce qu'il était né après l'émancipation de son père et que son nom ne figurait pas sur l'ordonnance d'émancipation. Si le plaignant était né avant l'émancipation de son père, les modifications apportées en 1985 lui auraient donné le droit d'être inscrit au registre au titre de l'alinéa 6(1)d de la *Loi sur les Indiens*. La sœur du plaignant, née avant l'émancipation de leur père, était inscrite sur l'ordonnance d'émancipation et avait donc droit à l'inscription au titre de l'alinéa 6(1)d de la *Loi sur les Indiens* même si sa mère n'avait, à l'instar de la mère du plaignant, aucune ascendance autochtone. Sa sœur et lui ont tous les deux eu des enfants avec des personnes n'ayant pas le statut d'Indien. L'enfant du plaignant n'a pas hérité du droit à l'inscription au registre des Indiens, contrairement à ses nièces et neveux.

[25] Dans les deux plaintes qu'il a déposées, l'une en son nom personnel et l'autre au nom de son enfant, M. Andrews allègue que la différence de traitement entre lui et sa demi-sœur et entre leurs enfants sous le régime de la *Loi sur les Indiens* constitue un acte discriminatoire fondé sur la race, l'origine nationale ou ethnique et la situation familiale.

C. *Les plaintes des Matson*

[26] Jeremy Matson et ses sœurs, Mardy Matson et Melody Schneider, ont une grand-mère qui avait perdu son statut d'Indienne après son mariage avec un non-Indien avant 1985, mais qui l'a recouvré aux termes de l'alinéa 6(1)c de la *Loi sur les Indiens* après les modifications de 1985. Selon les dispositions modifiées, le père des plaignants est devenu admissible à l'inscription en vertu du paragraphe 6(2) de la *Loi sur les Indiens*. Leur père s'est marié avec une femme non inscrite et les plaignants, à l'instar de l'un des plaignants dans l'affaire *McIvor*, n'ont pas pu être inscrits au registre au moment de leur naissance. Par conséquent, les enfants des plaignants n'étaient pas admissibles au statut d'Indien parce qu'ils étaient issus de parents sans ce statut.

[27] In November and December 2008, the complainants filed complaints under section 5 of the CHRA, alleging that they would have been entitled to registration under subsection 6(1) of the *Indian Act* had their indigenous heritage been transmitted through their grandfather rather than through their grandmother. They further alleged that in this patrilineal scenario their children would have been eligible for registration under subsection 6(2) of the *Indian Act*. They claimed that the treatment afforded to them constituted discrimination in respect of the provision of service on the prohibited grounds of race, sex, national or ethnic origin and family status.

[28] Following the British Columbia Court of Appeal's decision in *McIvor* and the coming into force of the GEIRA, the complainants became eligible for registration under subsection 6(2) of the *Indian Act*, and applied for and were granted registration in May and June 2011. However, the Office of the Indian Registrar determined that their children are not eligible for registration under any of the provisions of section 6 of the *Indian Act* because the complainants are married to individuals who are not eligible for Indian status and are themselves registered under subsection 6(2) of the *Indian Act*.

[29] In a preliminary decision, dated September 27, 2011, the Tribunal held that the portions of the *Matson* complaints relating to the complainants' own eligibility for registration under the *Indian Act* were moot because the complainants had been successfully registered under subsection 6(2) of the Act following the adoption of the GEIRA. However, the Tribunal decided to proceed to a hearing on the remaining part of the complaints relating to the opportunity to pass status on to any children conceived with a non-Indian parent (*Matson, Matson, and Schneider (née Matson) v. Indian and Northern Affairs Canada*, 2011 CHRT 14).

[27] En novembre et décembre 2008, les plaignants ont déposé des plaintes aux termes de l'article 5 de la LCDP, par lesquelles ils allèguent qu'ils auraient eu le droit d'être inscrits au registre au titre du paragraphe 6(1) de la *Loi sur les Indiens* si leur ancêtre autochtone avait été leur grand-père et non leur grand-mère. Ils allèguent de surcroît que, compte tenu de cette filiation paternelle, leurs enfants auraient dû être admissibles à être inscrits au registre au titre du paragraphe 6(2) de la *Loi sur les Indiens*. Ils soutiennent que le traitement qui leur est réservé constitue un acte discriminatoire dans le cadre de la prestation de services, sur le fondement de la race, du sexe, de l'origine nationale ou ethnique, et de la situation familiale.

[28] À la suite de l'arrêt *McIvor*, rendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens*, les plaignants ont obtenu le droit de s'inscrire au titre du paragraphe 6(2) de la *Loi sur les Indiens*, et ils ont demandé et obtenu d'être inscrits en mai et juin 2011. Toutefois, le Bureau du registraire des Indiens a conclu que nulle des dispositions de l'article 6 de la *Loi sur les Indiens* ne donnait un droit d'inscription à leurs enfants parce que les plaignants sont mariés à des personnes non admissibles au statut d'Indien et qu'eux-mêmes étaient inscrits au titre du paragraphe 6(2) de la *Loi sur les Indiens*.

[29] Par une décision préliminaire datée du 27 septembre 2011, le Tribunal a déclaré sans objet les parties des plaintes visées par la jurisprudence *Matson* se rapportant à leur propre droit à l'inscription en vertu de la *Loi sur les Indiens* étant donné qu'ils ont obtenu le droit de s'inscrire au titre du paragraphe 6(2) après l'adoption de la *Loi sur l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens*. Le Tribunal a néanmoins accepté d'examiner les parties des plaintes portant sur la transmission du statut à un enfant dont l'un des parents est un non-Indien (*Matson, Matson et Schneider (née Matson) c. Affaires indiennes et du Nord Canada*, 2011 TCDP 14).

II. The Tribunal's Decisions

[30] As noted, in both the *Matson* and *Andrews* decisions under review, the Tribunal decided that the complaints did not allege a discriminatory practice under section 5 of the CHRA because the adoption of legislation is not a service customarily available to the general public and thus dismissed the complaints.

A. *Matson*

[31] The *Matson* case was decided first. In it, the Tribunal addressed three issues: first, whether the complaints involved a direct challenge to provisions of the *Indian Act*; second, whether the Tribunal was bound to follow the decision of this Court in *Murphy*; and, finally, whether the complaints impugned a discriminatory practice in the provision of services customarily available to the general public that could be the subject of a complaint under section 5 of the CHRA.

[32] In terms of the first issue, the Tribunal found that the complaints sought to directly challenge provisions of the *Indian Act* because the complainants were challenging their entitlements under the legislation as opposed to the manner in which the respondent processed their applications.

[33] On the second issue, the Tribunal determined that the decision in *Murphy* had not been overtaken by subsequent case law from the Supreme Court of Canada and was therefore still binding on the Tribunal. In reaching this conclusion, the Tribunal reviewed the Supreme Court cases relied on by the Commission, which the Commission submitted support the application of the CHRA or similar provincial legislation by human rights tribunals to declare conflicting legislation inoperative: *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton et al.*, [1985] 2 S.C.R. 150; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513.

II. Les décisions du Tribunal

[30] Comme il a déjà été signalé à l'égard des décisions *Matson* et *Andrews* en cause, le Tribunal a jugé que les plaintes ne visaient pas un acte discriminatoire au titre de l'article 5 de la LCDP parce que l'adoption de mesures législatives ne constitue pas un service destiné au public, et il a par conséquent rejeté les plaintes.

A. *La décision Matson*

[31] La décision *Matson* a été rendue en premier. Dans sa décision, le Tribunal examine trois questions : il recherche premièrement si les plaintes visent directement les dispositions de la *Loi sur les Indiens*; deuxièmement, si le Tribunal est tenu de se conformer à une jurisprudence de notre Cour, l'arrêt *Murphy*; et, troisièmement, si les plaintes mettent en cause un acte discriminatoire dans la prestation de services destinés au public susceptible de faire l'objet d'une plainte aux termes de l'article 5 de la LCDP.

[32] En réponse à la première question, le Tribunal a conclu que les plaintes visaient directement les dispositions de la *Loi sur les Indiens* parce que les plaignants mettent en cause les droits que leur confère la loi et non la manière dont l'intimé a traité leurs demandes.

[33] En ce qui concerne la deuxième question, le Tribunal a conclu que la jurisprudence *Murphy* n'a pas été répudiée par un arrêt ultérieur de la Cour suprême du Canada et que, par conséquent, elle continue de lier le Tribunal. Pour tirer cette conclusion, le Tribunal a examiné la jurisprudence de la Cour suprême citée par la Commission et sur laquelle, selon celle-ci, les tribunaux spécialisés en matière de droits de la personne se fonde pour appliquer la LCDP ou des textes législatifs provinciaux analogues aux fins de la déclaration du caractère inopérant de dispositions législatives incompatibles (*Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton et autre*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143;

[34] The Tribunal noted that none of these cases stands for the proposition that the adoption of legislation constitutes a service customarily available to the general public, and that in those cases where legislation had been declared inoperative by reason of a conflict with human rights legislation, the Tribunal possessed jurisdiction on an alternate basis, often because the complaint stemmed from an employment relationship where the employer applied an impugned legislative provision. The Tribunal reasoned that these cases did not undercut the holding in *Murphy* because they dealt with different situations.

[35] The Tribunal then went on to address and dismiss the various other arguments advanced by the Commission as to why *Murphy* should not be followed.

[36] First, it accepted that prior to the decision in *Murphy* there was a substantial body of jurisprudence under the CHRA that was to the opposite effect and which held that legislation could be challenged under section 5 of the CHRA as a service customarily available to the general public. The Tribunal noted, though, that this jurisprudence was premised on the decision of this Court in *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24 (C.A.) (*Druken*) where the respondent admitted that the adoption of the impugned legislation—there provisions in the *Unemployment Insurance Act, 1971* [S.C. 1970-71-72, c. 48]—constituted a service customarily available to the general public within the meaning of section 5 of the CHRA. Because this point was admitted in *Druken*, the Tribunal found it to be less persuasive than *Murphy*. Also, as *Druken* was decided earlier, the Tribunal accepted that *Murphy* was the binding authority on the point.

[37] Next, the Tribunal discussed and dismissed as unhelpful several cases decided under provincial human rights legislation referred to by the Commission. In many of these cases, as in the cases from the Supreme Court relied on by the Commission, jurisdiction over the discriminatory practice in issue arose from another

Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées), 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513).

[34] Le Tribunal fait observé que nulle jurisprudence n'enseigne que l'acte de légiférer constitue un service destiné au public et que, lorsque des dispositions avaient été déclarées inopérantes au motif qu'elles heurtaient l'objet des lois sur les droits de la personne, le Tribunal disposait d'une compétence subsidiaire, souvent parce que les plaintes à controversé concernaient les relations de travail et l'application par un employeur d'une disposition controversée. Du point de vue du Tribunal, cette jurisprudence ne remet pas en cause la jurisprudence *Murphy* parce qu'elle porte sur des faits différents.

[35] Le Tribunal examine et rejette ensuite les autres moyens qu'invoque la Commission pour s'opposer à l'application de la jurisprudence *Murphy*.

[36] Tout d'abord, le Tribunal convient qu'avant celle-ci, une bonne partie de la jurisprudence relative à la LCDP allait en sens contraire en portant que l'adoption de mesures législatives pouvait être contestée à titre de service destiné au public sous le régime de l'article 5 de la LCDP. Le Tribunal souligne que cette jurisprudence se fonde sur l'enseignement professé par notre Cour à l'occasion de l'affaire *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24 (C.A.) (*Druken*), où l'intimé admit que l'adoption des dispositions controversées — en l'occurrence, des dispositions de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* [S.C. 1970-71-72, ch. 48] — constituait un service destiné au public au sens de l'article 5 de la LCDP. Comme ce point a été retenu à l'occasion de l'affaire *Druken*, le Tribunal a opiné que cette jurisprudence était moins convaincante que la jurisprudence *Murphy*. De plus, étant donné que l'arrêt *Druken* est antérieur, le Tribunal a retenu la thèse portant que la jurisprudence *Murphy* faisait autorité sur ce point.

[37] Puis, le Tribunal a examiné et jugé sans pertinence une autre jurisprudence relative à des dispositions législatives provinciales sur les droits de la personne citée par la Commission. Pour une bonne part de cette jurisprudence, comme pour la jurisprudence de la Cour suprême citée par la Commission, la compétence en

provision in the legislation, like the provisions prohibiting discrimination in employment. Thus, in several of these cases, where declarations of legislative invalidity were made, the underlying complaints did not stem from a direct challenge to legislation.

[38] The Tribunal also discussed section 2, subsections 49(5) and 62(1) as well as the former section 67 of the CHRA and found that none of these provisions required the result urged by the Commission.

[39] Section 2 of the CHRA provides:

Purpose

2 The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered.

[40] Subsection 49(5) provides that “[i]f the complaint involves a question about whether another Act or a regulation made under another Act is inconsistent” with the CHRA, the Tribunal member (where a single-person panel is appointed to hear the case) or one of the members of the Tribunal (where there a three-person panel is appointed to hear the case) must be legally trained.

[41] Subsection 62(1) provides that the portions of the CHRA that create, prohibit and provide a remedy for discriminatory practices “do not apply to or in respect of any superannuation or pension fund or plan established by an Act of Parliament enacted before March 1, 1978.”

[42] Finally, the former section 67 of the CHRA, which was repealed in 2008 [S.C. 2008, c. 30, s. 1] (with

matière d’actes discriminatoires découlait d’une autre disposition législative, telle une disposition interdisant la discrimination dans l’emploi. Par conséquent, pour une bonne part de cette jurisprudence concluant en une déclaration d’invalidité, la plainte au fond ne donnait pas lieu à une contestation directe de dispositions législatives.

[38] Le Tribunal discute également l’article 2 et les paragraphes 49(5) et 62(1), ainsi que l’ancien article 67 de la LCDP, et conclut que nulle de ces dispositions n’appelle la solution soutenue par la Commission.

[39] L’article 2 de la LCDP dispose :

Objet

2 La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant : le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l’égalité des chances d’épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins, indépendamment des considérations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l’âge, le sexe, l’orientation sexuelle, l’état matrimonial, la situation de famille, la déficience ou l’état de personne graciée.

[40] Le paragraphe 49(5) dispose que « [d]ans le cas où une plainte met en cause la compatibilité d’une disposition d’une autre loi fédérale ou de ses règlements d’application » avec la LCDP, le membre du Tribunal (si une seule personne est désignée pour instruire l’instance) ou l’un des membres du Tribunal (si une formation de trois personnes est désignée) doit avoir une formation juridique.

[41] Le paragraphe 62(1) dispose que les parties de la LCDP qui établissent, interdisent ou proposent une mesure visant des actes discriminatoires « ne s’appliquent, ni directement ni indirectement, aux régimes ou caisses de retraite constitués par une loi fédérale antérieure au 1^{er} mars 1978 ».

[42] Enfin, l’ancien article 67 de la LCDP, abrogé en 2008 [L.C. 2008, ch. 30, art. 1] (avec effet immédiat

immediate effect in some cases and a three-year delay in other cases), stated that nothing in the CHRA “affects any provision of the *Indian Act* or any provision made under or pursuant to that Act.”

[43] The Commission argued that these provisions must lead to the conclusion that section 5 extends jurisdiction to the Tribunal to declare legislation invalid as an opposite conclusion would contradict the general purpose of the CHRA and would render subsections 49(5) and 62(1) as well as former section 67 of the CHRA virtually meaningless.

[44] The Tribunal disagreed and held that the foregoing provisions do not necessarily require a finding that the adoption of legislation is a service customarily available to the general public, within the meaning of section 5 of the CHRA, as legislation could be declared by the Tribunal to be inoperative in cases where the Tribunal possessed jurisdiction under a provision other than section 5 of the CHRA. It explained that such an issue could arise where the impugned legislation was raised as a defence by the respondent; cases in the employment context where the employer applied a legislative provision (like a provision in pension legislation) that conflicted with the CHRA provide an example of such a situation. The Tribunal reasoned that such cases are conceptually distinct from a direct challenge to a law because in such other cases the jurisdiction of the Tribunal is grounded in a provision governing the actions of the respondent and the challenge to the legislation arises only collaterally. Such cases, in other words, do not involve a direct challenge to the legislation. The Tribunal also noted that the now-repealed section 67 of the CHRA could have been explained by the former case law—overtaken by *Murphy*—that it was not obliged to follow. The Tribunal therefore found that its interpretation of section 5 of the CHRA was consistent with section 2, subsection 49(5) and former section 67 of the CHRA.

[45] Thus, after a thorough review of each of the arguments advanced by the Commission on behalf of the complainants, the Tribunal determined that it was bound to apply *Murphy* and that it was required to dismiss the complaint.

dans certains cas et trois ans plus tard dans d’autres), disposait que rien dans la LCDP n’avait un effet sur les dispositions de la *Loi sur les Indiens* ou toute autre disposition prise sous le régime de celle-ci ou conformément à celle-ci.

[43] Selon la Commission, selon ces dispositions, il faut conclure que l’article 5 habilite le Tribunal à déclarer qu’une loi est invalide : le contraire contredirait l’objet général de la LCDP et viderait pratiquement de leur sens ses paragraphes 49(5) et 62(1), de même que l’ancien article 67.

[44] Le Tribunal n’a pas retenu cette thèse et conclu que les dispositions susmentionnées ne permettent pas forcément de conclure que l’adoption d’un texte législatif constitue un service destiné au public au sens de l’article 5 de la LCDP, car ce texte peut être déclaré inopérant par le Tribunal s’il y est habilité par une disposition autre que l’article 5. Ce serait notamment le cas si une disposition controversée est invoquée comme moyen de défense par l’intimé; le domaine du travail en fournit quelques exemples, notamment si l’employeur a appliqué une disposition législative (par exemple, une disposition d’une loi sur les pensions) incompatible avec la LCDP. Selon le Tribunal, il existe une distinction conceptuelle entre ce type d’instances et les contestations directes visant un texte législatif car alors le Tribunal tire sa compétence d’une disposition régissant les actes de l’intimé, et la contestation d’un texte législatif n’est qu’accessoire. Autrement dit, ces cas ne mettent pas en cause une contestation directe d’une loi. Le Tribunal signale par ailleurs que l’article 67 maintenant abrogé de la LCDP aurait pu être éclairé par la jurisprudence antérieure — répudiée par la jurisprudence *Murphy* —, qu’il n’était pas tenu d’appliquer. Il en vient donc à la conclusion que son interprétation de l’article 5 de la LCDP est conforme à l’article 2, au paragraphe 49(5) et à l’ancien article 67 de la LCDP.

[45] Après examen rigoureux de chacun des moyens soulevés par la Commission au nom des plaignants, le Tribunal a conclu qu’il était tenu d’appliquer la jurisprudence *Murphy* et, par conséquent, de rejeter la plainte.

[46] This determination provided a negative answer to the third question of whether the complaints impugned a discriminatory practice in the provision of a service customarily available to the general public that could be the subject of a complaint under section 5 of the CHRA. In finding that the complaints did not raise such a question because the adoption of legislation is not a service customarily available to the general public, the Tribunal underscored the policy reasons why legislation should not be subject to direct challenge under the CHRA as opposed to the Charter. Citing from the decisions of the Supreme Court of Canada in *Andrews and Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, the Tribunal noted that a section 1 Charter justification would not be available under the CHRA, where the only defence would be a *bona fide* justification under subsection 15(2) of the CHRA.

[47] The Tribunal noted that in *Hutterian Brethren*, the Supreme Court of Canada held the two defences to be conceptually distinct, and relied on the following passage from the majority decision at paragraphs 68 to 70, where Chief Justice McLachlin wrote:

Minimal impairment and reasonable accommodation are conceptually distinct. Reasonable accommodation is a concept drawn from human rights statutes and jurisprudence. It envisions a dynamic process whereby the parties — most commonly an employer and employee — adjust the terms of their relationship in conformity with the requirements of human rights legislation, up to the point at which accommodation would mean undue hardship for the accommodating party. In *Multani*, Deschamps and Abella JJ. explained:

The process required by the duty of reasonable accommodation takes into account the specific details of the circumstances of the parties and allows for dialogue between them. This dialogue enables them to reconcile their positions and find common ground tailored to their own needs. [para. 131]

A very different kind of relationship exists between a legislature and the people subject to its laws. By their very nature, laws of general application are not tailored to the unique needs of individual claimants. The legislature

[46] Cette conclusion répond par la négative à la troisième question, qui est de savoir si les plaintes mettent en cause un acte discriminatoire dans le cadre de la prestation d'un service destiné au public qui pourrait faire l'objet d'une plainte aux termes de l'article 5 de la LCDP. Le Tribunal a conclu que les plaintes ne soulevaient pas cette question au motif que légiférer ne constitue pas un service destiné au public et il expose la philosophie qui explique qu'une contestation directe d'un texte législatif doit être fondée sur la Charte plutôt que sur la LCDP. Citant des passages des arrêts rendus par la Cour suprême du Canada à l'occasion des affaires *Andrews et Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, le Tribunal observe qu'une justification fondée sur l'article premier de la Charte n'est pas possible aux termes de la LCDP, qui prévoit uniquement une justification réelle au sens du paragraphe 15(2) comme moyen de défense.

[47] Le Tribunal fait observer que, à l'occasion de l'affaire *Hutterian Brethren*, la Cour suprême du Canada a conclu au caractère distinct sur le plan conceptuel de ces deux moyens de défense. Il cite un passage tiré de la décision majoritaire (aux paragraphes 68 à 70) rendue sous la plume de la juge en chef McLachlin :

L'atteinte minimale et l'accommodement raisonnable sont distincts sur le plan conceptuel. L'accommodement raisonnable est un concept qui découle de la législation et de la jurisprudence en matière de droits de la personne. Il s'agit d'un processus dynamique par lequel les parties — généralement un employeur et un employé — adaptent les modalités de leur relation aux exigences de la législation sur les droits de la personne, jusqu'au point où il en résulterait une contrainte excessive pour la partie tenue de prendre des mesures d'accommodement. Dans *Multani*, les juges Deschamps et Abella ont expliqué ce qui suit :

Le processus imposé par l'obligation d'accommodement raisonnable tient compte des circonstances précises dans lesquelles les intéressés doivent évoluer et laisse place à la discussion entre ces derniers. Cette concertation leur permet de se rapprocher et de trouver un terrain d'entente adapté à leurs propres besoins. [par. 131]

Il existe une relation très différente entre le législateur et les personnes assujetties à ses mesures législatives. De par leur nature, les mesures législatives d'application générale ne sont pas adaptées aux besoins particuliers

has no capacity or legal obligation to engage in such an individualized determination, and in many cases would have no advance notice of a law's potential to infringe *Charter* rights. It cannot be expected to tailor a law to every possible future contingency, or every sincerely held religious belief. Laws of general application affect the general public, not just the claimants before the court. The broader societal context in which the law operates must inform the s. 1 justification analysis. A law's constitutionality under s. 1 of the *Charter* is determined, not by whether it is responsive to the unique needs of every individual claimant, but rather by whether its infringement of *Charter* rights is directed at an important objective and is proportionate in its overall impact. While the law's impact on the individual claimants is undoubtedly a significant factor for the court to consider in determining whether the infringement is justified, the court's ultimate perspective is societal. The question the court must answer is whether the *Charter* infringement is justifiable in a free and democratic society, not whether a more advantageous arrangement for a particular claimant could be envisioned.

Similarly, "undue hardship", a pivotal concept in reasonable accommodation, is not easily applicable to a legislature enacting laws. In the human rights context, hardship is seen as undue if it would threaten the viability of the enterprise which is being asked to accommodate the right. The degree of hardship is often capable of expression in monetary terms. By contrast, it is difficult to apply the concept of undue hardship to the cost of achieving or not achieving a legislative objective, especially when the objective is (as here) preventative or precautionary. Though it is possible to interpret "undue hardship" broadly as encompassing the hardship that comes with failing to achieve a pressing government objective, this attenuates the concept. Rather than strain to adapt "undue hardship" to the context of s. 1 of the *Charter*, it is better to speak in terms of minimal impairment and proportionality of effects.

[48] Thus, in *Matson*, the Tribunal determined that both the binding authority in *Murphy* and sound policy reasons required it to find that the *Matson* complaints did not allege a discriminatory practice in the provision of services customarily available to the general public

de chacun. Le législateur n'a ni le pouvoir ni l'obligation en droit de prendre des décisions aussi personnalisées et, dans bien des cas, il ne connaît pas à l'avance le risque qu'une mesure législative porte atteinte aux droits garantis par la *Charte*. On ne peut s'attendre à ce qu'il adapte les mesures législatives à toute éventualité ou à toute croyance religieuse sincère. Les mesures législatives d'application générale ne visent pas uniquement les plaignants, mais l'ensemble de la population. L'ensemble du contexte social dans lequel s'applique la mesure législative doit être pris en compte dans l'analyse de la justification requise par l'article premier. La constitutionnalité d'une mesure législative au regard de l'article premier de la *Charte* dépend, non pas de la question de savoir si elle répond aux besoins de chacun des plaignants, mais plutôt de celle de savoir si la restriction aux droits garantis par la *Charte* vise un objectif important et si l'effet global de cette restriction est proportionné. Bien qu'il ne fasse aucun doute que l'effet de la mesure législative sur les plaignants constitue un facteur important dont le tribunal doit tenir compte pour décider si la violation est justifiée, le tribunal doit avant tout prendre en considération l'ensemble de la société. Il doit se demander si la contravention à la *Charte* peut se justifier dans une société libre et démocratique, et non s'il est possible d'envisager un aménagement plus avantageux pour un plaignant en particulier.

De même, la « contrainte excessive », notion essentielle de l'accommodement raisonnable, ne s'applique pas facilement à la législature qui adopte les mesures législatives. Dans le contexte des droits de la personne, la contrainte est considérée comme excessive si elle menace la viabilité de l'entreprise tenue de s'adapter au droit. Le degré de contrainte peut souvent se traduire en termes pécuniaires. En revanche, il est difficile d'appliquer la notion de contrainte excessive en ces termes à la réalisation ou à la non-réalisation d'un objectif législatif, surtout quand il s'agit (comme en l'espèce) d'un objectif de prévention. Bien qu'il soit possible de donner à la notion de « contrainte excessive » une interprétation large qui englobe la contrainte découlant de l'incapacité d'atteindre un objectif gouvernemental urgent, une telle interprétation atténue cette notion. Plutôt que d'essayer d'adapter la notion de « contrainte excessive » au contexte de l'article premier de la *Charte*, il est préférable de parler d'atteinte minimale et de proportionnalité des effets.

[48] Ainsi, par la décision *Matson*, le Tribunal a jugé que vu l'enseignement de la jurisprudence *Murphy* et une saine politique, il était tenu de conclure que les plaintes de l'affaire *Matson* ne mettaient pas en cause un acte discriminatoire lors de la prestation de services

that could be the subject of a complaint under section 5 of the CHRA. It accordingly dismissed the complaints.

B. Andrews

[49] Many of the same points were again made by the Tribunal in the subsequent decision in *Andrews*. In addition, the Tribunal in that case undertook a more detailed analysis of what is required for something to constitute a service customarily available to the general public within the meaning of section 5 of the CHRA.

[50] The Tribunal began its analysis of the issue by referring to the decisions of the Supreme Court of Canada and of this Court in *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571 (*Gould*) and *Watkin v. Canada (Attorney General)*, 2008 FCA 170, 378 N.R. 268 (*Watkin*). Both cases were decided prior to the 2008 decision of the Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), which brought about a sea change in administrative law. Under pre-*Dunsmuir* principles, the standard of review applied in *Gould* and *Watkin* to decisions of the Tribunal defining discrimination and the scope of the rights protected under the CHRA was correctness. Thus, in *Gould* and *Watkin*, the Supreme Court and this Court expressed their views on the proper interpretation of what types of activities constitute services customarily available to the general public within the meaning of section 5 of the CHRA.

[51] In *Gould*, the Supreme Court established a two-step analysis for the determination: first, one must determine what constitutes the “service” based on the facts in the complaint; second, one must assess whether this service “creates a public relationship between the service provider and the service user” (at paragraph 68). The Tribunal noted that this notion of “service” was further refined in *Watkin*, where this Court rejected the notion that all governmental actions come within the scope of section 5 of the CHRA and instead ruled that the section “contemplate[s] something of benefit being ‘held out’ as services and ‘offered’ to the public” (at paragraph 31).

destinés au public et susceptible de faire l’objet d’une plainte aux termes de l’article 5 de la LCDP. Le Tribunal a par conséquent rejeté les plaintes.

B. La décision *Andrews*

[49] Ultérieurement, le Tribunal reprend nombre des points susmentionnés à l’occasion de l’affaire *Andrews*. Entre outre, le Tribunal étoffe son analyse des critères à satisfaire pour constater si un acte constitue un service destiné au public au sens de l’article 5 de la LCDP.

[50] Le Tribunal entame son analyse en citant la jurisprudence de la Cour suprême du Canada et de notre Cour : *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571 (*Gould*), *Watkin c. Canada (Procureur général)*, 2008 CAF 170 (*Watkin*). Cette jurisprudence est antérieure à l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), prononcé par la Cour suprême du Canada en 2008 et qui marque un tournant radical en droit administratif. Conformément à la doctrine antérieure à l’arrêt *Dunsmuir*, les décisions du Tribunal à l’occasion des affaires *Gould* et *Watkin*, portant sur la discrimination et la portée des droits garantis par la LCDP, étaient assujetties à la norme de la décision correcte. Par les arrêts *Gould* et *Watkin*, la Cour suprême et notre Cour se prononcent sur ce qui constitue une interprétation juste du genre d’activités qui peuvent être constitutives de services destinés au public au sens de l’article 5 de la LCDP.

[51] Par l’arrêt *Gould*, la Cour suprême consacre une analyse à deux volets qui permet au juge de se prononcer : le premier volet vise à déterminer en quoi consiste le « service », compte tenu des faits énoncés dans la plainte; le deuxième vise à déterminer si ce service « crée une relation publique entre le fournisseur et l’utilisateur » (au paragraphe 68). Le Tribunal signale que la notion de « service » est précisée par la jurisprudence *Watkin* : notre Cour a alors rejeté la thèse portant que toutes les mesures prises par le gouvernement entrent dans les prévisions de l’article 5 de la LCDP, qui vise au contraire « quelque chose d’avantageux qui est “offert” ou “mis à la disposition” du public » (au paragraphe 31).

[52] Thus, as noted by the Tribunal, a service customarily available to the public requires the presence of two separate components: first, something of benefit must be available and, second, this benefit must be held out or offered to the public. Accordingly, to use the words of the Tribunal, the language in section 5 of the CHRA requires “a transitive connotation” between the benefit and the process by which it is provided. The Tribunal referred to the reasons of La Forest, J. in *Gould* in support of this notion, where he noted at paragraph 55:

[t]here is, therefore, a requisite public relationship between the service provider and the service receiver, to the extent that the public must be granted access to or admitted to or extended the service by the service provider. There is a transitive connotation from the language employed by the various provisions; it is not until the service, accommodation, facility, etc., passes from the service provider and has been held out to the public that it attracts the anti-discrimination prohibition.

[53] The Tribunal also referred to the decision of this Court in *Canada (Attorney General) v. McKenna*, [1999] 1 F.C. 401, where two members of the Court expressed doubt that a grant of citizenship under the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 constituted a service, and to the decision of the Tribunal in *Forward and Forward v. Citizenship and Immigration Canada*, 2008 CHRT 5, 63 C.H.R.R. D/346 (*Forward*), finding that the grant of citizenship is not a service because nothing is held out or offered when legislation is applied. The Tribunal further mentioned the decisions of the Tribunal and the Federal Court in *Dreaver, Fairbairn, Gingell, Irvine, Melenchuk, Ross, Watkinson, Weidenhammer and Willet v. Jim Pankiw*, 2009 CHRT 8, affd 2010 FC 555 (*Pankiw F.C.*) and noted that these decisions “determined that a service must require something of benefit or assistance being held out, [and] that one may also inquire ‘whether that benefit or assistance was the essential nature of the activity’” (*Andrews*, at paragraph 49, citing from *Pankiw F.C.*, at paragraph 42).

[52] Ainsi, comme le relève le Tribunal, un service destiné au public doit comprendre deux composantes distinctes : un avantage doit en découler et cet avantage doit être offert au public ou mis à sa disposition. En conséquence, le texte de l’article 5 de la LCDP exige l’existence d’une « connotation transitive » entre l’avantage et le processus par lequel il est fourni. Le Tribunal tire son interprétation de ce concept des motifs du juge LaForest exposés dans l’arrêt *Gould*, au paragraphe 55 :

[...] Une relation publique est donc requise entre le fournisseur du service et le bénéficiaire de ce service dans la mesure où le public doit se voir accorder l’accès ou l’admission, ou offrir le service par le fournisseur. La formulation des dispositions a une connotation transitive; ce n’est qu’une fois que le service, le logement, l’installation, etc., passe par le fournisseur et qu’il est mis à la disposition du public qu’il est visé par l’interdiction de la discrimination.

[53] Le Tribunal cite également la décision rendue par notre Cour à l’occasion dans l’affaire *Canada (Procureur général) c. McKenna*, [1999] 1 C.F. 401, dans laquelle deux juges ont exprimé leurs doutes quant à la question de savoir si l’octroi de la citoyenneté sous le régime de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29 constitue véritablement un service, de même que la décision rendue par le Tribunal à l’occasion de l’affaire *Forward et Forward c. Citoyenneté et Immigration Canada*, 2008 TCDP 5 (*Forward*), laquelle enseigne que l’octroi de la citoyenneté ne constitue pas un service parce que rien n’est offert au public ou mis à sa disposition lorsque la mesure législative est appliquée. Le Tribunal mentionne en outre les décisions du Tribunal et de la Cour fédérale rendues à l’occasion de l’affaire *Dreaver, Fairbain, Gingell, Irvine, Melenchuk, Ross, Watkinson, Weidenhammer et Willet c. Jim Pankiw*, 2009 TCDP 8, conf. par 2010 CF 555 (*Pankiw C.F.*), qui enseignent qu’un service doit s’accompagner d’un avantage ou d’une aide mis à la disposition des intéressés, et qu’il convient de rechercher « si cet avantage ou cette aide faisait partie de la nature essentielle de l’activité » (*Andrews*, au paragraphe 49, citant *Pankiw C.F.*, au paragraphe 42).

[54] Applying these principles to the facts of Mr. Andrews' complaints, as in *Matson*, the Tribunal held that the complaints were a direct challenge to provisions in the *Indian Act* because they alleged that these provisions were discriminatory. The Tribunal accepted that the impugned provisions do confer a benefit on those granted Indian status and thus meet the first component of a service customarily available to the public, within the meaning of section 5 of the CHRA.

[55] However, the Tribunal found the second component was missing because in the act of legislating, Parliament does not hold out or offer a service to the public; in short, the legislator is not a service-provider.

[56] The Tribunal further held that its conclusion was supported by the modern principle of statutory interpretation, which requires that the words of an Act be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and object of the Act and the intention of Parliament, citing Elmer A. Driedger, *The Construction of Statutes* (Toronto: Butterworths, 1974), at page 67. Also citing the associated words rule applied in *Forward*, the Tribunal held that the term "services", as used in section 5 of the CHRA, is informed by its placement alongside the terms, "goods", "facilities" and "accommodations" and thus should be understood to be of a similar character. According to the Tribunal, such a reading confirms that the act of legislating is not encompassed as a possible discriminatory practice within the meaning of section 5 of the CHRA.

[57] Thus, in addition to the reasons offered in *Matson*, the Tribunal in *Andrews* offered a more detailed analysis of the jurisprudence and the legislation in support of its conclusion that the complaints did not allege a discriminatory practice in the provision of services customarily available to the general public that could be the subject of a complaint under section 5 of the CHRA. And in result, it once again dismissed the complaints.

[54] Appliquant ces principes aux faits des plaintes de M. Andrews, à l'occasion de l'affaire *Matson*, le Tribunal conclut qu'elles contestent directement la *Loi sur les Indiens* en alléguant le caractère discriminatoire des dispositions en cause. Le Tribunal admet que les dispositions controversées procurent un avantage aux personnes qui reçoivent un statut d'Indien et que, ce faisant, le premier élément d'un service destiné au public au sens de l'article 5 de la LCDP est présent.

[55] Tel n'est cependant pas le cas du deuxième élément puisque, lorsqu'il légifère, le législateur n'offre pas un service au public et ne met rien à sa disposition. En bref, le législateur n'est pas un prestataire de services.

[56] Le Tribunal a ajouté que cette conclusion s'appuyait sur le principe moderne d'interprétation des lois, suivant lequel les mots figurant dans une loi doivent être lus dans leur contexte global, selon leur acception grammaticale et ordinaire qui s'harmonise avec l'esprit et l'objet de la loi, et l'intention du législateur (citant Elmer A. Driedger, *The Construction of Statutes*, Toronto : Butterworths, 1974, à la page 67). S'en remettant également à la règle des mots associés consacrée par la jurisprudence *Forward*, le Tribunal affirme que le mot « services », tel qu'il figure à l'article 5 de la LCDP, est éclairé par les mots « biens », « installations » et « hébergement » auxquels il est associé et doit par conséquent être compris comme ayant une nature analogue. Aux yeux du Tribunal, cette interprétation confirme que l'acte de légiférer ne fait pas partie des actes discriminatoires possibles au sens de l'article 5 de la LCDP.

[57] Outre les motifs dont fait état la décision *Matson*, le Tribunal, à l'occasion de l'affaire *Andrews* produit une analyse plus étoffée de la jurisprudence et de la législation à l'appui de sa conclusion selon laquelle les plaintes ne mettent pas en cause un acte discriminatoire dans le cadre de la prestation d'un service destiné au public et susceptible de faire l'objet d'une plainte en vertu de l'article 5 de la LCDP. Par conséquent, il a de nouveau rejeté les plaintes.

III. Analysis

[58] With this background in mind, it is now possible to move to review the two issues advanced by the Commission in this appeal, namely, what standard of review is applicable to the Tribunal's decisions and whether the decision in *Murphy* should be found to have been wrongly decided or to no longer be good law.

A. *Standard of Review*

[59] On the first issue, this Court is required to step into the shoes of the Federal Court and determine whether it selected the appropriate standard of review and whether it applied that standard correctly: *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559 (*Agraira*), at paragraphs 45–47.

[60] In the present case, discerning the appropriate standard of review is not straightforward. The post-*Dunsmuir* case law of this and other appellate courts as well as, arguably, that of the Supreme Court of Canada is divided on the issue of what standard of review applies to decisions of human rights tribunals when they are called upon to interpret the scope of protection afforded under human rights legislation.

[61] The starting point for the discussion is the recognition that, under *Dunsmuir* and the volley of administrative law cases subsequently decided by the Supreme Court, the reasonableness standard presumptively applies to decisions of all administrative tribunals interpreting their constituent statutes or statutes closely related to their functions: *Dunsmuir*, at paragraph 54; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160 (*Smith*), at paragraph 28; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 (*Mowat*), at paragraph 16; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 (*Alberta Teachers*), at paragraph 30; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paragraph 21; *Martin v. Alberta (Workers' Compensation*

III. Analyse

[58] Avec cette toile de fond, il est maintenant possible de discuter les deux questions que soulève la Commission dans le cadre du présent appel, la première à l'égard de la norme de contrôle applicable aux décisions du Tribunal, et la deuxième concernant la possibilité que la jurisprudence *Murphy* soit erronée et ne fasse plus autorité aujourd'hui.

A. *Norme de contrôle*

[59] En ce qui concerne la première question, notre Cour doit se mettre à la place de la Cour fédérale afin de rechercher si elle a retenu la norme de contrôle appropriée et si elle l'a correctement appliquée : *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559 (*Agraira*), aux paragraphes 45 à 47.

[60] En l'espèce, le choix de la norme de contrôle appropriée n'est pas un exercice simple. La jurisprudence postérieure à l'arrêt *Dunsmuir* de notre Cour et d'autres juridictions d'appel et, possiblement, de la Cour suprême du Canada, est partagée sur la question de la norme de contrôle que doivent appliquer les tribunaux en matière de droits de la personne appelés à interpréter la portée des garanties offertes par la législation pertinente.

[61] Le point de départ de l'analyse est le constat que, dans la foulée de l'arrêt *Dunsmuir* et d'une abondante jurisprudence administrative ultérieure de la Cour suprême, en principe, la norme de la décision raisonnable s'applique aux décisions des tribunaux administratifs qui interprètent leurs lois constitutives ou des lois étroitement rattachées à leurs fonctions : *Dunsmuir*, au paragraphe 54; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160 (*Smith*), au paragraphe 28; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (*Mowat*), au paragraphe 16; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 (*Alberta Teachers*), au paragraphe 30; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, au paragraphe 21;

Board), 2014 SCC 25, [2014] 1 S.C.R. 546, at paragraph 11; *Ontario (Community Safety and Correctional Services) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, 2014 SCC 31, [2014] 1 S.C.R. 674, at paragraph 26; *Canadian Artists' Representation v. National Gallery of Canada*, 2014 SCC 42, [2014] 2 S.C.R. 197 (NGC), at paragraph 13; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135 (CN), at paragraph 55; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, at paragraph 35; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3 (*Mouvement laïque*), at paragraph 46; *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147, at paragraph 73; *Commission scolaire de Laval v. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 SCC 8, [2016] 1 S.C.R. 29, at paragraph 32.

[62] However, this presumption is inapplicable if the issue under review involves a constitutional question (other than an issue of whether the exercise of discretion violates the Charter or does not respect Charter values), a question of general importance to the legal system that is outside the decision maker's specialized expertise, the determination of the respective jurisdiction of two or more administrative decision makers or a so-called "true" question of *vires*: *Dunsmuir*, at paragraphs 58–61; *Smith*, at paragraph 26; *Mowat*, at paragraph 18; *Alberta Teachers*, at paragraph 30; *NGC*, at paragraph 13; *CN*, at paragraph 55.

[63] In addition, the presumption may be rebutted by looking at contextual factors, including the purpose of the tribunal, the nature of the question at issue and the expertise of the tribunal. The presence or absence of a privative clause had been held to also be a key contextual factor in many cases that predated *Dunsmuir*, but after the decision of the Supreme Court of Canada in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, has been given far less weight, as in that case and many subsequent Supreme Court decisions, the reasonableness standard

Martin c. Alberta (Workers' Compensation Board), 2014 CSC 25, [2014] 1 R.C.S. 546, au paragraphe 11; *Ontario (Sécurité communautaire et Services correctionnels) c. Ontario (Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée)*, 2014 CSC 31, [2014] 1 R.C.S. 674, au paragraphe 26; *Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada*, 2014 CSC 42, [2014] 2 R.C.S. 197 (*MBAC*), au paragraphe 13; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135 (*CN*), au paragraphe 55; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, au paragraphe 35; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3 (*Mouvement laïque*), au paragraphe 46; *Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147, au paragraphe 73; *Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 CSC 8, [2016] 1 R.C.S. 29, au paragraphe 32.

[62] Cette présomption est toutefois inapplicable si une affaire porte sur une question constitutionnelle (autre que la question de savoir si l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire viole la Charte ou est contraire aux valeurs qu'elle consacre), une question d'intérêt général pour le système juridique qui n'est pas du ressort d'un décideur spécialisé, la détermination des compétences respectives d'au moins deux décideurs administratifs ou une question qui intéresse « véritablement » la compétence : *Dunsmuir*, aux paragraphes 58 à 61; *Smith*, au paragraphe 26; *Mowat*, au paragraphe 18; *Alberta Teachers*, au paragraphe 30; *MBAC*, au paragraphe 13; *CN*, au paragraphe 55.

[63] De surcroît, cette présomption peut être combattue par l'examen des facteurs extrinsèques comme la mission du tribunal, la nature de la question en litige et l'expertise du tribunal. Dans plusieurs affaires antérieures à l'arrêt *Dunsmuir*, la présence ou l'absence d'une clause privative était incluse dans les principaux facteurs extrinsèques, mais ce critère a perdu beaucoup d'importance depuis la reddition par la Cour suprême du Canada de l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748. En effet, à l'occasion de cette affaire et de beaucoup d'autres

has been applied even in the absence of a privative clause (see e.g. *Dunsmuir*, at paragraph 52; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraphs 25 and 26; *Mowat*, at paragraph 17; and the non-labour decisions of the Supreme Court post-*Dunsmuir* applying the reasonableness standard of review, in many of which the relevant statutes lacked privative clauses).

[64] The other three contextual factors identified in the case law, involving the purpose of the tribunal, the nature of the question at issue and the expertise of the tribunal, are interrelated and are aimed at discerning whether the nature of the question being considered is such that the legislator intended it be answered by the administrative decision-maker as opposed to the Court. Indicia of such an intention include the role assigned to the administrative decision-maker under the legislation, and the relationship between the question decided and the institutional expertise of the decision maker as opposed to the institutional expertise of a court. Where there is overlap between the two and the question at issue may be decided in the first instance either by a court or by the tribunal, the Supreme Court has indicated that correctness will apply: see, for example, *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; and *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615.

[65] Applying the foregoing general principles to decisions of human rights tribunals has resulted in conflicting decisions.

[66] In *Mowat*, the first case involving a human rights issue decided by the Supreme Court of Canada post-*Dunsmuir*, the Court held that the reasonableness standard applied to review of a decision of the federal human rights tribunal as to its authority to award costs to a successful complainant under the CHRA. The reasoning in *Mowat* focussed both on the presumptive application of the reasonableness standard to tribunals interpreting their constituent statutes and on the nature of the question, which was found to not be one of

affaires ultérieures, la Cour suprême a appliqué la norme de la décision raisonnable même en l'absence d'une disposition privative (voir notamment *Dunsmuir*, au paragraphe 52; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, aux paragraphes 25 et 26; *Mowat*, au paragraphe 17; ainsi que d'autres arrêts postérieurs à l'arrêt *Dunsmuir* n'ayant pas trait au droit du travail et par lesquels la Cour suprême applique la norme de la décision raisonnable, en dépit de l'absence de dispositions privatives dans les lois pertinentes dans plusieurs cas).

[64] Selon les trois autres facteurs extrinsèques relevés dans la jurisprudence, soit la mission du tribunal, la nature de la question en litige et l'expertise du tribunal, qui sont imbriqués, le juge doit rechercher si, vu la nature de la question à l'étude, le législateur avait l'intention de la déférer à un décideur administratif plutôt qu'au juge judiciaire. Parmi les indices de cette intention, il y a la mission que confie la législation au décideur administratif, de même que le rapport entre la question à trancher et l'expertise institutionnelle du décideur par opposition à celle du juge judiciaire. Si ces expertises se chevauchent et si la question en litige peut être tranchée en première instance aussi bien par le juge judiciaire que par un tribunal administratif, la Cour suprême enseigne que la norme de la décision correcte doit être appliquée : voir notamment *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; et *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615.

[65] L'application des grands principes exposés ci-dessus a donné lieu à une jurisprudence contradictoire des tribunaux des droits de la personne.

[66] Par l'arrêt *Mowat*, le premier rendu par la Cour suprême après l'arrêt *Dunsmuir* en matière de droits de la personne, elle enseigne que la norme de contrôle de la décision raisonnable s'applique aux décisions du tribunal fédéral des droits de la personne concernant sa compétence pour accorder les dépens au plaignant qui a obtenu gain de cause aux termes de la LCDP. Le raisonnement suivi à l'occasion de l'affaire *Mowat* repose à la fois sur la présomption d'application par les tribunaux de la norme de la décision raisonnable

general importance to the legal system as a whole and outside the tribunal's expertise. However, Justices LeBel and Cromwell, who wrote for the Court, left open the possibility that other sorts of issues that come before human rights tribunals might be subject to review on the correctness standard. They wrote as follows, at paragraph 23:

There is no doubt that the human rights tribunals are often called upon to address issues of very broad import. But, the same questions may arise before other adjudicative bodies, particularly the courts. In respect of some of these questions, the application of the *Dunsmuir* standard of review analysis could well lead to the application of the standard of correctness. But, not all questions of general law entrusted to the Tribunal rise to the level of issues of central importance to the legal system or fall outside the adjudicator's specialized area of expertise.

[67] Next, in *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, the Supreme Court held that the reasonableness standard applied to review of a decision made by the Saskatchewan Human Rights Tribunal, interpreting and applying the hate speech provisions in *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1. In so deciding, Justice Rothstein, who penned the unanimous ruling, stated at paragraph 168 that:

... the decision was well within the expertise of the Tribunal, interpreting its home statute and applying it to the facts before it. The decision followed [the applicable leading authority] and otherwise did not involve questions of law that are of central importance to the legal system outside its expertise.

[68] Two years later, in *Mouvement laïque*, the majority of the Supreme Court held that both the reasonableness and the correctness standards applied to different aspects of the Quebec Human Rights Tribunal's interpretation of the scope of protection afforded under the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (Quebec Charter) to freedom of religion.

lorsqu'ils interprètent leurs lois constitutives et sur la nature de la question en litige, laquelle n'a pas été jugée d'intérêt général pour le système juridique et du ressort du tribunal. Toutefois, les juges LeBel et Cromwell, s'exprimant au nom de la Cour, n'écartent pas la possibilité que la norme de la décision correcte joue si des questions d'une autre nature sont déferées aux tribunaux des droits de la personne. Voici leur analyse à cet égard au paragraphe 23 :

Nul doute qu'un tribunal des droits de la personne est souvent appelé à se prononcer sur des questions de très large portée. Or, les mêmes questions peuvent être soulevées devant d'autres organismes juridictionnels, en particulier des cours de justice. À l'issue de l'analyse relative à la norme de contrôle proposée dans l'arrêt *Dunsmuir*, la norme applicable aux décisions sur certaines de ces questions pourrait bien être celle de la décision correcte. Mais les questions de droit générales que le Tribunal est appelé à trancher n'équivalent pas toutes à des questions d'une importance capitale pour le système juridique et elles ne sont pas toutes étrangères au domaine d'expertise de l'organisme décisionnel.

[67] Par ailleurs, l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, rendu par la Cour suprême, décide que la norme de la décision raisonnable s'applique aux décisions du tribunal des droits de la personne de la Saskatchewan lorsqu'il est appelé à interpréter et à appliquer les dispositions portant sur les propos haineux du *Saskatchewan Human Rights Code (The)*, S.S. 1979, ch. S-24.1. Voici ce que le juge Rothstein, qui signe cette décision unanime, observe au paragraphe 168 :

[...] la décision relevait manifestement de l'expertise du Tribunal, relativement à l'interprétation de sa loi constitutive et à son application aux faits dont il disposait. Cette décision suivait [l'arrêt de principe pertinent] et ne portait pas par ailleurs sur des questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique et qui sont étrangères au domaine d'expertise du Tribunal.

[68] Deux années plus tard, à l'occasion de l'affaire *Mouvement laïque*, la majorité de la Cour suprême a conclu que la norme de la décision raisonnable et la norme de la décision correcte visent les aspects différents de l'interprétation que doit faire le Tribunal des droits de la personne du Québec de la portée des garanties de la *Charte des droits et libertés de la personne*

More specifically, the Court ruled that the correctness standard applied to discerning the scope of the state's duty of religious neutrality. However, it held that the reasonableness standard applied to the rest of the Tribunal's decision, including the issues of whether the impugned prayer before a council meeting was of a religious nature, whether it interfered with the complainant's freedom of religion and whether the prayer was discriminatory. The Court held that these latter questions fell "squarely within the Tribunal's area of expertise" and were therefore entitled to deference (at paragraph 50). On the religious neutrality question, the majority of the Court found that "the importance of this question to the legal system, its broad and general scope and the need to decide it in a uniform and consistent manner" militated in favour of the correctness standard (at paragraph 51).

[69] From the foregoing, it is difficult to draw a bright line as to when the reasonableness or the correctness standard will apply to decisions of human rights tribunals interpreting the scope of the protections afforded in their constituent legislation.

[70] Turning to the case law of this Court, in *Murphy*, Chief Justice Noël, writing for the panel, applied the reasonableness standard to review of the Tribunal's decision interpreting the meaning to be given to services "customarily available to the general public" in section 5 of the CHRA. Similarly, in *Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75, 76 C.H.R.R. D/353, Justice Stratas, writing for the panel, applied the reasonableness standard to review the Tribunal's decision interpreting the meaning to be given to "discrimination" in the context of a claim alleging that schools and child welfare on Indian reserves were underfunded.

[71] On the other hand, in *Canada (Attorney General) v. Johnstone*, 2014 FCA 110, [2015] 2 F.C.R. 595, Justice Mainville, who wrote for the panel, found that the correctness standard applied to review of the Tribunal's interpretation of family status discrimination.

du Québec, L.R.Q., ch. C-12 (la Charte québécoise) en matière de liberté religieuse. Plus précisément, la Cour a conclu que la norme de la décision correcte s'appliquait pour préciser les contours de la neutralité religieuse de l'État. Cependant, c'est la norme de la décision raisonnable qui visait le résidu de la décision du Tribunal, y compris les questions de savoir si la prière récitée avant une réunion du conseil municipal en cause était de nature religieuse, s'il y avait atteinte à la liberté religieuse du plaignant et si la prière était discriminatoire. La Cour suprême a conclu que ces dernières questions sont « au cœur de l'expertise du Tribunal » et qu'il a donc droit à la déférence en ce qui les concerne (au paragraphe 50). Pour ce qui est de la neutralité religieuse, la Cour a conclu à la majorité que l'« importance de cette question pour le système juridique, sa portée large et générale et le souci de la trancher de manière uniforme et cohérente » militent en faveur de la norme de la décision correcte (au paragraphe 51).

[69] Vu ce qui précède, il est difficile de tracer une ligne de démonstration nette entre les décisions assujetties à la norme de contrôle de la décision raisonnable et celles qui appellent la norme de la décision correcte lorsque les tribunaux des droits de la personne sont appelés à interpréter la portée des garanties prévues par leurs lois constitutives.

[70] Pour sa part, notre Cour a appliqué, à l'occasion de l'affaire *Murphy*, (par la plume du juge en chef Noël au nom de la Cour), la norme de la décision raisonnable à un jugement du Tribunal interprétant le sens des mots services « destinés au public » à l'article 5 de la LCDP. De même, par l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Commission canadienne des droits de la personne*, 2013 CAF 75, le juge Stratas, s'exprimant au nom de la Cour, a appliqué la norme de contrôle de la décision raisonnable à un jugement interprétant le sens à donner au mot « discrimination » concernant une plainte alléguant que les écoles et les services d'aide à l'enfance sont sous-financés dans les réserves indiennes.

[71] Par contre, à l'occasion de l'affaire *Canada (Procureur général) c. Johnstone*, 2014 CAF 110, [2015] 2 R.C.F. 595, le juge Mainville conclut au nom de la Cour que la norme de la décision correcte doit s'appliquer à l'interprétation par le Tribunal de la notion de

He based this conclusion on: (i) the fact that pre-*Dunsmuir* case law had applied this standard; (ii) human rights statutes are quasi-constitutional and therefore their interpretation raises questions of fundamental importance; and (iii) a multiplicity of courts and tribunals are called upon to interpret human rights statutes, which favours full curial review to avoid inconsistency in the interpretation of fundamental rights. The approach in *Johnstone* was followed by this Court in *Canadian National Railway Company v. Seeley*, 2014 FCA 111, 73 Admin. L.R. (5th) 257.

[72] In Ontario, both the Court of Appeal and the Divisional Court have applied the reasonableness standard of review in the post-*Dunsmuir* case law to decisions of the provincial human rights tribunal interpreting provisions in the Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, that define the scope of anti-discrimination protection: see, for example, *Taylor-Baptiste v. Ontario Public Service Employees Union*, 2015 ONCA 495, 126 O.R. (3d) 481; *Shaw v. Phipps*, 2012 ONCA 155, 347 D.L.R. (4th) 616; *Grogan v. Ontario (Human Rights Tribunal)*, 2012 ONSC 319 (CanLII); *Visc v. HRTO and Elia Associates Professional Corporation*, 2015 ONSC 7163 (CanLII).

[73] In Alberta, the Court of Appeal has taken the opposite approach and applied the correctness standard to review the human rights tribunal's interpretation of the provisions in human rights legislation that define discrimination and the scope of protection afforded under the legislation: *Stewart v. Elk Valley Coal Corporation*, 2015 ABCA 225 (CanLII), 602 A.R. 210. A similar approach has been taken by the Prince Edward Island Court of Appeal: *Ayangma v. Eastern School Board and Ano.*, 2008 PESCAD 10 (CanLII), 277 Nfld. & P.E.I.R. 304.

[74] In Nova Scotia, post-2008, the Court of Appeal initially applied the reasonableness standard to review of Human Rights Board of Inquiry decisions interpreting the scope of protections provided under the legislation: *Tri-County Regional School Board v. Nova Scotia (Human Rights Board of Inquiry)*, 2015 NSCA 2, 354

discrimination fondée sur la situation familiale. Voici les fondements de sa conclusion : i) avant l'arrêt *Dunsmuir*, la jurisprudence appliquait cette norme; ii) les lois relatives aux droits de la personne assurent des garanties quasi constitutionnelles et, partant, leur interprétation soulève des questions fondamentales; iii) le fait qu'un grand nombre de juges judiciaires et de tribunaux sont appelés à interpréter ces lois appelle un examen judiciaire exhaustif afin que soient évitées les incohérences dans l'interprétation des droits fondamentaux. L'approche suivie par la jurisprudence *Johnstone* a été reprise par notre Cour à l'occasion de l'affaire *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Seeley*, 2014 CAF 111.

[72] En Ontario, depuis l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour d'appel et la Cour divisionnaire appliquent la norme de contrôle de la décision raisonnable aux décisions du Tribunal des droits de la personne de l'Ontario interprétant les dispositions du *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19, qui définissent la portée des garanties contre la discrimination (voir notamment *Taylor-Baptiste v. Ontario Public Service Employees Union*, 2015 ONCA 495, 126 O.R. (3d) 481; *Shaw v. Phipps*, 2012 ONCA 155, 347 D.L.R. (4th) 616; *Grogan v. Ontario (Human Rights Tribunal)*, 2012 ONSC 319 (CanLII); *Visc v. HRTO and Elia Associates Professional Corporation*, 2015 ONSC 7163 (CanLII)).

[73] La Cour d'appel de l'Alberta a suivi une voie opposée en appliquant la norme de la décision correcte aux décisions du tribunal provincial interprétant les dispositions législatives sur les droits de la personne qui définissent la discrimination et la portée des garanties prévues : *Stewart v. Elk Valley Coal Corporation*, 2015 ABCA 225 (CanLII), 602 A.R. 210. La Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard a opté pour une approche similaire : *Ayangma v. Eastern School Board and Ano.*, 2008 PESCAD 10 (CanLII), 277 Nfld. & P.E.I.R. 304.

[74] En Nouvelle-Écosse, après 2008, la Cour d'appel a d'abord appliqué la norme de contrôle de la décision raisonnable aux décisions de la Commission d'enquête sur les droits de la personne interprétant la portée des garanties législatives : *Tri-County Regional School Board v. Nova Scotia (Human Rights Board of Inquiry)*,

N.S.R. (2d) 289; *Foster v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2015 NSCA 66, 362 N.S.R. (2d) 190. However, following the decision of the Supreme Court of Canada in *Mouvement laïque*, the Nova Scotia Court of Appeal modified its approach and applied the correctness standard to the Board of Inquiry's interpretation of "discrimination" in *International Association of Fire Fighters, Local 268 v. Adekayode*, 2016 NSCA 6, 371 N.S.R. (2d) 38.

[75] In Quebec, as noted in *Mouvement laïque*, the Quebec Court of Appeal had often applied the appellate standards of review to decisions of the Quebec Human Rights Tribunal under the Quebec Charter and, accordingly, reviewed legal determinations of the Tribunal on the correctness standard. In *Mouvement laïque*, the Supreme Court overturned this approach in favour of administrative law review on the principles outlined above. Subsequently, the Quebec Court of Appeal has reviewed decisions of the Quebec Human Rights Tribunal in *Université de Sherbrooke c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2015 QCCA 1397 and *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Côté*, 2015 QCCA 1544, 96 Admin. L.R. (5th) 228. In those cases it applied the reasonableness standard to review of the Tribunal's finding that the clause of a collective agreement was discriminatory on the basis of age (*Université de Sherbrooke*, at paragraphs 31–33), and of the Tribunal's interpretation of the expression "the use of any means to palliate a handicap" provided in section 10 of the Quebec Charter (*Côté*, at paragraphs 19–21).

[76] In Saskatchewan, the Court of Appeal applied the correctness standard in *Whitcott v. Saskatchewan (Human Rights Tribunal)*, 2010 SKCA 26 (CanLII), 317 D.L.R. (4th) 69, to review of the Tribunal's ruling on whether the offensive flyers constituted prohibited hate speech as defined in the human rights legislation, but was overturned on this point by the Supreme Court of Canada, as noted above.

2015 NSCA 2, 354 N.S.R. (2d) 289; *Foster v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2015 NSCA 66, 362 N.S.R. (2d) 190. Toutefois, à la suite de l'arrêt *Mouvement laïque* rendu par la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a appliqué la norme de la décision correcte lors de son examen de l'interprétation que donne la commission d'enquête au mot « discrimination » (*International Association of Fire Fighters, Local 268 v. Adekayode*, 2016 NSCA 6, 371 N.S.R. (2d) 38).

[75] Au Québec, comme le signale l'arrêt *Mouvement laïque*, la Cour d'appel a souvent appliqué les normes d'examen suivies par les juridictions d'appel aux décisions du Tribunal des droits de la personne du Québec rendues en vertu de la Charte québécoise, et a par conséquent assujéti les conclusions de droit de celui-ci à la norme de la décision correcte. Par l'arrêt *Mouvement laïque*, la Cour suprême a répudié cette norme d'intervention au profit de l'approche suivie en droit administratif selon les principes susmentionnés. La Cour d'appel du Québec a par la suite été appelée à examiner les décisions du Tribunal des droits de la personne à l'occasion des affaires *Université de Sherbrooke c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2015 QCCA 1397 et *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Côté*, 2015 QCCA 1544. La Cour d'appel a appliqué la norme de la décision raisonnable lors de son examen de la conclusion du Tribunal selon laquelle la clause d'une convention collective était discriminatoire en raison d'une distinction fondée sur l'âge (*Université de Sherbrooke*, aux paragraphes 31 à 33), ainsi que son interprétation des mots « l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap » à l'article 10 de la Charte québécoise (*Côté*, aux paragraphes 19 à 21).

[76] En Saskatchewan, à l'occasion de l'affaire *Whitcott v. Saskatchewan (Human Rights Tribunal)*, 2010 SKCA 26 (CanLII), 317 D.L.R. (4th) 69, la Cour d'appel suit la norme de la décision correcte lors de son examen du jugement du Tribunal sur la question de savoir si des prospectus véhiculaient des propos haineux interdits selon la législation en matière de droits de la personne — une approche rejetée par la suite par la Cour suprême, comme il a été signalé précédemment.

[77] The issue does not arise in British Columbia as legislation in that province determines the applicable standard of review: *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, sections 58 and 59. Finally, appellate courts in Manitoba, Newfoundland and Labrador and New Brunswick do not appear to have considered the issue.

[78] The foregoing survey highlights the sorry state of the case law and its lack of guidance on when decisions of human rights tribunals interpreting provisions in human rights legislation will be afforded deference. Fortunately, it is not necessary to decide between the conflicting lines of authority in this case, as this matter can be decided on a narrower basis in application of the following general principles that emerge from the Supreme Court's case law.

[79] First, one cannot turn to the pre-*Dunsmuir* case law as satisfactorily settling the standard of review applicable to Tribunal decisions interpreting the CHRA. In *Agraira*, the Supreme Court indicated that one cannot necessarily rely on pre-*Dunsmuir* precedents “if [they] appear to be inconsistent with recent developments in the common law principles of judicial review” (at paragraph 48), which include the presumptive application of the reasonableness standard to review of a tribunal's interpretation of its constituent statute. This conclusion was endorsed by this Court in *Kandola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 85, [2015] 1 F.C.R. 549, at paragraph 35. Thus, one of the reasons offered in *Johnstone* for selection of the correctness standard no longer holds in light of *Agraira*.

[80] Second, the interpretation of human rights legislation does not involve a constitutional question, within the meaning of the Supreme Court's administrative law jurisprudence, which leaves the courts as final arbiter of constitutional issues due to the role assigned to them under the constitution to enforce the Charter and the *Constitution Act, 1867*. The rights afforded under human rights legislation—while important and fundamental—are statutory and therefore fundamentally different from constitutional rights.

[77] La question ne se pose pas en Colombie-Britannique puisque la norme de contrôle applicable est prescrite aux articles 58 et 59 de la *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, ch. 45. Pour ce qui est des cours d'appel du Manitoba, de Terre-Neuve-et-Labrador et du Nouveau-Brunswick, il ne semble pas qu'elles se soient prononcées sur cette question.

[78] Il ressort de ce survol que la jurisprudence est incertaine et peu éclairante quant à la déférence à accorder aux décisions des tribunaux spécialisés portant interprétation de la législation en matière de droits de la personne. Heureusement, point n'est besoin en l'espèce de choisir entre des courants jurisprudentiels divergents puisque la question en litige peut être tranchée de manière plus restreinte en appliquant les principes généraux suivants de la Cour suprême.

[79] Premièrement, la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Dunsmuir* ne règle pas de manière satisfaisante la question de la norme de contrôle applicable aux décisions d'un tribunal interprétant la LCDP. Par l'arrêt *Agraira*, la Cour suprême signale que l'on ne peut nécessairement se fier à la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Dunsmuir* « si la jurisprudence semble devenue incompatible avec l'évolution récente du droit en matière de contrôle judiciaire » (au paragraphe 48), y compris l'application présumée de la norme de la décision raisonnable à l'analyse de l'interprétation de sa loi constitutive par un tribunal. Notre Cour a abondé dans le même sens à l'occasion de l'affaire *Kandola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 85, [2015] 1 R.C.F. 549, au paragraphe 35. Il en découle que la jurisprudence *Agraira* désavoue l'un des motifs évoqués par la décision *Johnstone* pour justifier l'application de la norme de la décision correcte.

[80] Deuxièmement, l'interprétation de la législation en matière de droits de la personne ne soulève pas une question constitutionnelle au sens de la jurisprudence de la Cour suprême portant sur le droit administratif. Par conséquent, la décision finale revient aux cours de justice pour ce qui est des questions constitutionnelles, conformément au rôle que leur confère la Constitution relativement à l'application de la Charte et de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les garanties offertes par la législation en matière de droits de la personne, certes

[81] Third, the presumptive application of the reasonableness standard is not rebutted by the mere fact that human rights tribunals are called upon to decide important issues of broad import that possess quasi-constitutional dimensions. In the Supreme Court's case law, the exception to the reasonableness standard due to the importance of the issue under review to the legal system is double-pronged: to merit correctness review, the issue must *both* be one of importance to the legal system as a whole *and* must be outside the expertise of the tribunal.

[82] Interpretation of human rights legislation is the core competency of human rights adjudicators and thus falls squarely within their expertise. Indeed, the decisions in the present case eloquently attest to this. Thus, the fact that discrimination protection is of broad general importance to the legal system is not enough to merit correctness review.

[83] An analogy may be drawn in this regard to some of the issues that come before labour boards, which in terms of review do not differ in any meaningful way from the sorts of issues considered by human rights tribunals. Labour boards are called upon to interpret labour legislation and the breadth of legislative provisions governing the grant of bargaining rights, which the Supreme Court has confirmed possess a constitutional aspect: *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245. The reasonableness standard of review undoubtedly applies to labour board decisions of this nature; the importance of the issues decided by a labour board or such issues' quasi-constitutional dimension does not give rise to correctness review. Similarly, the nature of the issues decided by human rights tribunals when they interpret the scope of protection afforded under their constituent statutes cannot, in and of itself, merit application of the correctness standard.

importantes et fondamentales, sont de nature législative et, en soi, intrinsèquement différentes des droits constitutionnels.

[81] Troisièmement, la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable n'est pas invalidée par le seul fait que les tribunaux des droits de la personne sont appelés à trancher des questions importantes de portée générale et de nature quasi constitutionnelle. La jurisprudence de la Cour suprême consacre une exception en deux volets à l'application de la norme de la décision raisonnable lorsque la question à trancher est de grande importance pour le système juridique : pour justifier le recours à la norme de la décision correcte, la question en litige doit *à la fois* receler une grande importance pour l'ensemble du système juridique *et* échapper au domaine d'expertise du tribunal.

[82] Or, l'interprétation de la législation en matière de droits de la personne est au cœur de la compétence des tribunaux des droits de la personne et relève manifestement de leur expertise, ce dont les décisions visées en l'espèce témoignent éloquentement. En l'occurrence, le fait que la protection contre la discrimination revêt une importance générale pour le système juridique n'appelle pas à lui seul la norme de la décision correcte.

[83] Une analogie pourrait être faite à cet égard avec certaines questions déferées aux commissions des relations de travail, dont l'examen se déroule essentiellement de la même manière pour les questions dont sont saisis les tribunaux des droits de la personne. Les commissions des relations du travail doivent interpréter la législation du travail et la portée des dispositions législatives régissant l'octroi de droits de négociation qui, a tranché la Cour suprême, ont une dimension constitutionnelle : *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245. Il est indubitable que la norme de contrôle de la décision raisonnable vise les décisions de cette nature d'une commission des relations du travail, et que l'importance des questions examinées ou leur dimension quasi constitutionnelle n'appellent pas la norme de la décision correcte. Dans cette même optique, la nature des questions décidées par un tribunal des droits de la personne qui interprètent la portée des garanties prévues par sa loi constituante ne saurait à elle seule appeler la norme de la décision correcte.

[84] It thus follows that, if the correctness standard applies, justification must be found on some other basis. An alternate justification may arise through application of the contextual factors, discussed above, and, more specifically, through the fact that in many instances issues decided by certain human rights tribunals may also arise before the courts or labour arbitrators.

[85] In Quebec, both the courts and the Human Rights Tribunal possess jurisdiction to remedy breaches of the Quebec Charter and both are thus called upon to interpret it: *Mouvement laïque*, at paragraph 51. In my view, the decision in *Mouvement laïque* must be understood in this context—it is this overlapping jurisdiction combined with the overarching importance of defining the bounds of the state’s role in assuring freedom of religion that explains the selection of the correctness standard in that case.

[86] Likewise, in the employment context, labour adjudicators now have jurisdiction to apply human rights legislation: see *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157 and for example, paragraph 226(2)(a) of the *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, section 2 and paragraph 60(1)(a.1) of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2. Thus, several tribunals may be called upon to interpret concepts like what constitutes discrimination and the bounds of the *bona fide* justification defence. This overlap might provide a sound basis for selection of the correctness standard of review under general principles that flow from the Supreme Court’s jurisprudence.

[87] Even if this is so, there is no such overlap in the present case. The issue of what constitutes a service customarily available to the general public within the meaning of section 5 of the CHRA can only ever be decided by the Tribunal. It will not ever come before a labour adjudicator or arbitrator as employers do not provide such services to their employees. Similarly, the issue cannot come before a court as there is no cause of action arising from a breach of the CHRA: *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*,

[84] Il s’ensuit que si joue la norme de la décision correcte, elle doit reposer sur un autre fondement. Cet autre fondement peut être puisé dans des facteurs extrinsèques, évoqués précédemment, et plus particulièrement du fait que beaucoup de questions déferées aux tribunaux des droits de la personne peuvent aussi être déferées à une cour de justice ou à un arbitre du travail.

[85] Au Québec, les juridictions judiciaires et le Tribunal des droits de la personne ont tous compétence pour sanctionner les violations de la Charte québécoise et, par conséquent, tous peuvent être appelés à l’interpréter (*Mouvement laïque*, au paragraphe 51). À mon avis, la jurisprudence *Mouvement laïque* doit être comprise dans ce contexte. C’est l’effet conjugué du chevauchement des compétences et de l’importance générale que revêt la définition de la portée du rôle de l’État au chapitre de la protection de la liberté de religion qui légitime la norme de la décision correcte dans ce cas.

[86] Aussi, en matière de relations de travail, les arbitres ont désormais compétence pour appliquer la législation en matière de droits de la personne (voir *Parry Sound (District), Conseil d’administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157, et pour voir un exemple, l’alinéa 226(2)a) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, et l’article 2 ainsi que l’alinéa 60(1)a.1) du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2). Plusieurs fors peuvent donc être appelés à interpréter des concepts comme la discrimination et la portée d’un moyen de défense fondé sur un motif justifiable. Le chevauchement des compétences pourrait justifier la norme de la décision correcte au regard des principes généraux découlant de la jurisprudence de la Cour suprême.

[87] Seulement, il n’y a nul chevauchement de cet ordre en l’espèce. La question de savoir ce qui constitue un service destiné au public au sens de l’article 5 de la LCDP ne peut être déferée qu’au Tribunal. Ni commission ni arbitre du travail n’en sera saisi puisqu’un employeur n’assure pas de tels services à ses employés. De même, il est impossible qu’un juge judiciaire soit appelé à trancher ce type de question puisqu’une violation de la LCDP n’ouvre pas droit à une action (*Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*,

[1981] 2 S.C.R. 181, at pages 194 and 195; *Honda Canada Inc. v. Keays*, 2008 SCC 39, [2008] 2 S.C.R. 362, at paragraphs 63–65; *Chopra v. Canada (Attorney General)*, 2007 FCA 268, [2008] 2 F.C.R. 393, at paragraph 36.

[88] In the absence of any possible overlapping jurisdiction in the present case, the presumptive application of the reasonableness standard of review is not rebutted. Thus, the interpretation given by the Tribunal to section 5 of the CHRA and, more specifically, to its determination that the adoption of legislation is not a service customarily available to the general public is reviewable on the reasonableness standard. Likewise, its application of that interpretation to the facts of the *Matson* and *Andrews* complaints is reviewable on the reasonableness standard as a matter of mixed fact and law.

B. *Are the Tribunal's Decisions Reasonable?*

[89] In determining whether the Tribunals' decisions in *Matson* and *Andrews* should be set aside, this Court must assess both the reasons given by the Tribunal and the result reached. The requisite inquiry involves asking whether the decisions are transparent, justified and intelligible and whether the result reached falls within the range of possible, acceptable outcomes that are defensible in light of the facts and applicable law: *Dunsmuir*, at paragraph 47.

[90] Here, both the reasons given and the result reached are reasonable.

[91] The Tribunal's reasons in both *Matson* and *Andrews* are entirely adequate as they fully set out why the Tribunal reached its conclusions and thoroughly canvass the evidence, the parties' arguments and the applicable case law. The decisions are therefore transparent and intelligible.

[92] Similarly, the result reached by the Tribunal is justifiable and defensible because its characterization of the *Matson* and *Andrews* complaints as being direct

[1981] 2 R.C.S. 181, aux pages 194 et 195, 37 N.R. 455; *Honda Canada Inc. c. Keays*, 2008 CSC 39, [2008] 2 R.C.S. 362, aux paragraphes 63 à 65; *Chopra c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 268, [2008] 2 R.C.F. 393, au paragraphe 36).

[88] En l'absence de chevauchement des compétences en l'espèce, la présomption d'application de la norme de contrôle de la décision raisonnable n'est pas réfutée. Par conséquent, la norme de contrôle de la décision raisonnable doit s'appliquer à l'interprétation de l'article 5 de la LCDP par le Tribunal et, plus particulièrement, à sa conclusion portant que l'adoption de lois ne constitue pas un service destiné au public. Il en va de même de son application de cette interprétation aux faits des plaintes visées dans les décisions *Matson* et *Andrews*, qui soulève une question mélangée de fait et de droit susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

B. *Les décisions du Tribunal sont-elles raisonnables?*

[89] Afin de rechercher s'il convient d'annuler les décisions rendues par le Tribunal dans les affaires *Matson* et *Andrews*, notre Cour doit apprécier à la fois les motifs et la conclusion qu'il tire. La recherche doit porter sur la transparence, la justification et l'intelligibilité du processus décisionnel, et poser la question de savoir si la conclusion appartient aux issues possibles et acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit (*Dunsmuir*, au paragraphe 47).

[90] En l'espèce, autant les motifs exposés que la conclusion sont raisonnables.

[91] Les motifs sur lesquels le Tribunal fonde les décisions *Matson* et *Andrews* sont tout à fait adéquats. Ils expliquent clairement pourquoi il a tiré ses conclusions et contiennent un examen fouillé des preuves, des moyens des parties et de la jurisprudence applicable. Les décisions sont par conséquent transparentes et intelligibles.

[92] De la même façon, la conclusion du Tribunal est justifiable et défendable puisqu'il qualifie à juste titre les plaintes ayant fait l'objet des décisions *Matson* et

challenges to the impugned provisions in the *Indian Act* is reasonable, and the Tribunal's interpretation of section 5 of the CHRA is one that the section can reasonably bear.

[93] More specifically, it is reasonable to conclude that both complaints were aimed at challenging the provisions in the *Indian Act* under which the complainants' children were ineligible for a grant of Indian status. The complaints seek to expand the statutory grounds for the grant of Indian status by arguing that the legislation is impermissibly under-inclusive because it makes discriminatory distinctions based on the prohibited grounds of race, national or ethnic origin, sex or family status. Thus, what was impugned in the complaints are the provisions of the *Indian Act* themselves. The Tribunal therefore reasonably (and, indeed, correctly) characterized the nature of the complaints.

[94] As for the interpretation of section 5 of the CHRA to the effect that the adoption of legislation does not give rise to a service customarily available to the general public, this interpretation was likewise reasonably open to the Tribunal for several reasons.

[95] First, the Tribunal followed the authority from this Court and the Supreme Court of Canada on what sorts of activities constitute services customarily available to the general public, within the meaning of section 5 of the CHRA. As noted, flowing principally from the decisions in *Gould* and *Watkin*, such a service requires the presence of two separate components: first, something of benefit must be available and, second, the benefit must be held out or offered to the public or a segment of the public.

[96] Second, there is certainly a reasonable basis for concluding that in passing legislation, a legislator is not "holding out" or "offering" something of benefit to the public or to those who might benefit from the legislation. One simply cannot equate the act of legislating with a service. As the Tribunal aptly noted at paragraph 57 of *Andrews*:

Andrews d'attaques directes concernant les dispositions visées de la *Loi sur les Indiens*, et son interprétation de l'article 5 de la LCDP fait partie de celles qui peuvent raisonnablement découler de cette disposition.

[93] Plus précisément, il est raisonnable de conclure que les deux plaintes visent les dispositions de la *Loi sur les Indiens* ayant pour effet de priver les enfants des plaignants de leur droit au statut d'Indien. Les plaintes visent à élargir les conditions législatives ouvrant droit au statut d'Indien, en faisant valoir que la Loi est indûment restrictive puisqu'elle opère des distinctions discriminatoires illicites fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, le sexe ou la situation familiale. Les plaintes visent donc les dispositions mêmes de la *Loi sur les Indiens*. Par conséquent, le Tribunal qualifie de manière raisonnable (et, à vrai dire, tout à fait correcte) la nature de ces plaintes.

[94] Concernant l'interprétation de l'article 5 de la LCDP et la constatation voulant que l'adoption de mesures législatives ne constitue pas un service destiné au public, elles appartiennent aussi aux conclusions raisonnables à la disposition du Tribunal, pour plusieurs raisons.

[95] Premièrement, le Tribunal se fonde sur la jurisprudence de notre Cour et sur celle de la Cour suprême portant sur les types d'activités qui constituent des services destinés au public au sens de l'article 5 de la LCDP. Comme il a été signalé précédemment, vu surtout l'enseignement des arrêts *Gould* et *Watkin*, tout service destiné au public doit comporter deux éléments : il doit offrir quelque chose d'avantageux et l'avantage doit être offert à une partie ou à l'ensemble du public, ou mis à sa disposition.

[96] Deuxièmement, il apparaît tout à fait raisonnable d'affirmer que, quand il adopte des lois, le législateur n'« offre » pas quelque chose d'avantageux au public ou à ceux qui pourraient tirer profit de la mesure législative, et qu'il ne « met pas non plus à leur disposition » cet avantage. Il est tout simplement impossible d'assimiler l'acte de légiférer à un service. Comme le relève à juste titre le Tribunal au paragraphe 57 de la décision *Andrews* :

Law-making is one of Parliament's most fundamental and significant functions and *sui generis* in its nature. This is confirmed by the powers, privileges and immunities that Parliament and the Legislatures possess to ensure their proper functioning, which are rooted in the Constitution, by virtue of the preamble and section 18 of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Victoria, c 3, [*Constitution Act*] and in statute law, in sections 4 and 5 of the *Parliament of Canada Act*, R.S.C. 1985, c. P-1: *Telezone Inc. v. Canada (Attorney General)*, (2004), 35 D.L.R. (4th) 719 at paras. 13-17. Indeed, the dignity, integrity and efficient functioning of the Legislature is preserved through parliamentary privilege which, once established, is afforded constitutional status and is immune from review: *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, (1996), 137 D.L.R. (4th) 142, [1996] 2 S.C.R. 876; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30 at para. 33 [*Vaid*]. To consider the act of legislating along the same lines as that of delivering Householders as in *Pankiw* or to processing a citizenship application as in *Forward* is fundamentally problematic and emblematic of an approach which ignores the special role law-making possesses in our society. In legislating, Parliament is not a service provider and there is no "transitive connotation" to this function. Rather, it is fulfilling a constitutionally mandated role, at the very core of our democracy. As such, while law-making is an activity that could be said to take place "in the context of a public relationship" (*Gould* at para. 16) or "creates a public relationship" (*Gould* at para. 68, cited above) as per the second part of the *Gould* test, to characterize it as a service would ignore this *sui generis* quality.

[97] Third, in ruling as it did, the Tribunal applied the decision of this Court in *Murphy* and provided a rational basis for distinguishing *Druken* and the earlier case law of the Tribunal. It therefore reasonably concluded that the binding precedent supported the result it reached, as *Murphy* decides that one may not challenge legislation as being discriminatory under section 5 of the CHRA because the adoption of legislation is not a service customarily available to the general public.

[98] Fourth, contrary to what the Commission asserts, the Tribunal's interpretation is not at odds with the case law from the Supreme Court of Canada or other jurisdictions that recognizes that, in appropriate cases, a human

La législation est l'une des fonctions les plus fondamentales et les plus importantes du Parlement et est de nature *sui generis*. Cela est confirmé par les pouvoirs, les privilèges et les immunités que le Parlement et les législatures possèdent afin de garantir leur fonctionnement adéquat, qui sont fondés dans la Constitution, en vertu du préambule et de l'article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3, (la *Loi constitutionnelle*) et dans le droit législatif, aux articles 4 et 5 de la *Loi sur le Parlement du Canada*, L.R.C. 1985, ch. P-1 : *Telezone Inc. v. Canada (Attorney General)*, (2004), 235 D.L.R. (4th) 719, aux paragraphes 13 à 17. En effet, la dignité, l'intégrité et le fonctionnement efficace de la législature est préservé par le privilège du Parlement qui, lorsqu'il est établi, a droit au statut constitutionnel et est à l'abri de tout examen : *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, (1996), 137 D.L.R. (4th) 142, [1996] 2 R.C.S. 876; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, au paragraphe 33 (*Vaid*). Le fait de mettre l'acte de législation dans la même catégorie que la livraison des bulletins parlementaires, comme dans *Pankiw*, ou le traitement des demandes de citoyenneté, comme dans *Forward*, est fondamentalement problématique et emblématique d'une approche qui ne tient pas compte du rôle spécial que la législation joue dans notre société. En légiférant, le Parlement ne fournit pas un service et il n'y a pas de « connotation transitive » pour cette fonction. En fait, la législation remplit un rôle mandaté par la constitution. Par conséquent, bien que la législation soit une activité qui puisse être considérée comme prenant place « dans le cadre d'une relation publique » (*Gould*, au paragraphe 16) ou comme créant « une relation publique » (*Gould*, au paragraphe 68, précité) au sens du deuxième volet du critère *Gould*, le fait de la qualifier de service ne tiendrait pas compte de sa nature *sui generis*.

[97] Troisièmement, dans sa décision, le Tribunal a suivi l'enseignement de notre Cour professé à l'occasion de l'affaire *Murphy* et produit un fondement rationnel de la distinction entre les faits de l'affaire *Druken* et la jurisprudence antérieure du Tribunal. Il tire donc la conclusion tout à fait raisonnable que la jurisprudence faisant autorité va dans le sens de sa décision, puisque l'arrêt *Murphy* décide que des mesures législatives ne peuvent être attaquées au motif de leur caractère discriminatoire au sens de l'article 5 de la LCDP puisque légiférer ne constitue pas un service destiné au public.

[98] Quatrièmement, malgré les thèses de la Commission, l'interprétation du Tribunal ne contredit pas la jurisprudence de la Cour suprême ou d'autres juridictions portant que, si l'affaire s'y prête, un tribunal des

rights tribunal may declare inoperative a piece of legislation that conflicts with the human rights legislation due to the primacy of the latter. As the Tribunal correctly noted, none of the cases relied on by the Commission held that the act of passing legislation constitutes a service customarily available to the general public, within the meaning of section 5 of the CHRA or other similar provisions in provincial human rights legislation.

[99] Moreover, the principle of the primacy of human rights legislation is not at odds with the Tribunal's interpretation of section 5 of the CHRA because one must not conflate the scope of the Tribunal's jurisdiction with the extent of its remedial authority once it is validly seized of a complaint. Section 5 defines the type of matters over which the Tribunal has jurisdiction; there is no reason to read the provision as providing jurisdiction to hear legislative challenges merely because in cases where the Tribunal otherwise possesses jurisdiction it may declare conflictual legislation inoperative.

[100] Rather, as the Tribunal noted, under the modern approach to statutory interpretation and the associated words rule, the term "services" should be read in context to mean an action of a nature similar to providing goods, facilities or accommodation. The passing of legislation bears no similarity to these sorts of activities.

[101] In addition, in these complaints, the complainants did not merely seek to have provisions in the *Indian Act* declared inoperative. Rather, their complaints of under-inclusiveness are ultimately aimed at having the provisions in section 6 of the *Indian Act* broadened to include the complainants' children and those who are similarly situated to them. However, the Tribunal is not empowered to issue a declaration of invalidity or to read in additional language into the *Indian Act* to broaden those entitled to Indian status as this type of remedy is only available to a court under subsection 24(1) of the Charter and section 52 of the *Constitution Act, 1982*. The inability of the Tribunal to grant the remedy sought by the complainants militates in favour of the conclusion reached by the Tribunal.

droits de la personne peut déclarer le caractère inopérant le texte législatif incompatible avec la législation en matière de droits de la personne parce que celle-ci a préséance. Comme le souligne à bon droit le Tribunal, rien dans la jurisprudence citée par la Commission n'enseigne que l'adoption de lois constitue un service destiné au public au sens de l'article 5 de la LCDP ou d'autres dispositions analogues de lois provinciales sur les droits de la personne.

[99] Qui plus est, le principe de la primauté des lois sur les droits de la personne n'est pas incompatible avec l'interprétation que donne le Tribunal à l'article 5 de la LCDP, car il ne faut pas confondre la portée de la compétence du Tribunal et de son pouvoir d'accorder des sanctions lorsqu'il a été validement saisi d'une plainte. L'article 5 définit le type de questions qui relèvent du Tribunal, et rien ne permet d'interpréter la disposition comme lui conférant la compétence de trancher des contestations de lois pour la simple raison qu'il peut déclarer qu'une disposition incompatible est inopérante dans le cadre d'affaires relevant de son ressort.

[100] Comme l'a signalé le Tribunal, suivant l'approche moderne d'interprétation des lois et la règle des mots associés, le mot « services » doit être lu au regard du contexte comme désignant un acte d'une nature similaire à la fourniture de biens, d'installations ou de moyens d'hébergement. Or, il n'existe aucune similitude entre l'adoption des lois et ce type d'activités.

[101] De plus, les plaignants ne se bornent pas à demander que des dispositions de la *Loi sur les Indiens* soient déclarées inopérantes. L'objectif ultime de leurs plaintes relatives au caractère trop restrictif des dispositions est d'obtenir l'élargissement d'application de l'article 6 de la *Loi sur les Indiens* aux enfants des plaignants et à toutes les personnes ayant un lien analogue avec eux. Cependant, le Tribunal n'est pas habilité à déclarer qu'une disposition est invalide ni à donner un sens plus large à la *Loi sur les Indiens* qui permettrait d'octroyer le statut d'Indien à d'autres personnes, une mesure que seul le juge judiciaire peut accorder aux termes du paragraphe 24(1) de la Charte et de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'incapacité du Tribunal d'accorder la mesure demandée par les plaignants va dans le sens de sa conclusion.

[102] Fifth, there is no reason to consider that section 2, subsections 49(5) and 62(1) or the former section 67 of the CHRA necessitate reading section 5 of the CHRA in the way the Commission advocates. As the Tribunal convincingly noted, section 2 of the CHRA—the statutory purpose clause—is in no way violated if the Tribunal were to decline to accept that it is entitled to rule on direct challenges to federal legislation. Similarly, subsections 49(5) and 62(1) are consistent with the Tribunal’s interpretation for the reasons given by the Tribunal. The Tribunal’s reasoning regarding former section 67 of the CHRA is likewise persuasive.

[103] Finally, I believe that the policy reasons advanced by the Tribunal are unassailable. Simply put, there is no reason to find that the Tribunal should be an alternate forum to the courts for adjudicating issues regarding the alleged discriminatory nature of legislation when a challenge may be made to a court under section 15 of the Charter. Contrary to what the Commission asserts, I am far from convinced that proceeding before a human rights tribunal would afford complainants greater access to justice, especially given the lengthy delays that are all too often seen in human rights adjudications and that were apparent to a certain extent in these cases. Moreover, the availability of the section 1 defence before the courts but not before the Tribunal provides the ultimate support for the Tribunal’s conclusion as section 1 of the Charter is meant to provide a possible defence when legislation is impugned as being discriminatory. It therefore follows that challenges of this nature should proceed before the courts, where a section 1 defence is available.

[104] I therefore conclude that the Tribunal’s decisions in *Matson* and *Andrews* are reasonable and that there is no basis upon which to declare that *Murphy* is no longer good law.

[102] Cinquièmement, rien ne permet de conclure que l’article 2, les paragraphes 49(5) et 62(1) ou l’ancien article 67 de la LCDP appellent la lecture de l’article 5 de la LCDP qu’avance la Commission. Comme le relève de façon convaincante le Tribunal, l’article 2 de la LCDP — qui fait état de l’objet de la Loi — ne serait aucunement enfreint par un refus du Tribunal de reconnaître sa compétence pour trancher des attaques directes de lois fédérales. Les paragraphes 49(5) et 62(1) sont également conformes à l’interprétation fondant les motifs du Tribunal. Le raisonnement suivi par le Tribunal à l’égard de l’ancien article 67 de la LCDP est tout aussi persuasif.

[103] Enfin, j’estime que les considérations de politique invoquées par le Tribunal sont inattaquables. Tout simplement, on ne saurait conclure que le Tribunal doit être un for subsidiaire à la juridiction judiciaire habilitée à entendre des questions se rapportant à la nature prétendument discriminatoire d’une loi alors que celle-ci peut être contestée devant le juge judiciaire aux termes de l’article 15 de la Charte. Au contraire de la Commission, je suis loin d’être convaincue qu’une procédure devant un tribunal des droits de la personne garantit un meilleur accès à la justice pour les plaignants, surtout vu les longs délais qui plombent le processus de règlement des plaintes relatives aux droits de la personne — ce qui semble assez évident en l’espèce. Par ailleurs, la possibilité de faire valoir un moyen de défense tiré de l’article premier devant le juge judiciaire, mais non devant le Tribunal, fournit le meilleur appui qui soit à sa conclusion, car l’objet de l’article premier de la Charte est d’ouvrir un moyen de défense contre une loi jugée discriminatoire. Il apparaît tout à fait juste que les contestations de cette nature soient déférées au juge judiciaire, devant lequel il est possible d’invoquer l’article premier.

[104] Je conclus par conséquent que les décisions rendues par le Tribunal dans les affaires *Matson* et *Andrews* sont raisonnables, et qu’il n’existe aucune raison de conclure que la jurisprudence *Murphy* ne fait plus autorité.

IV. Proposed Disposition

[105] For the foregoing reasons, I would dismiss this appeal, without costs.

PELLETIER J.A.: I agree.

DE MONTIGNY J.A.: I agree.

IV. Décision proposée

[105] Par les motifs précités, je suis d'avis de rejeter l'appel, sans frais ni dépens.

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. : Je suis d'accord.