

A-703-84

A-703-84

Alistair MacBain (*Appellant*) (*Applicant*)**Alistair MacBain** (*appelant*) (*requérant*)

v.

c.

Sidney N. Lederman, Wendy Robson and Peter Cumming, Canadian Human Rights Commission and Kristina Potapczyk and Attorney General of Canada (*Respondents*) (*Respondents*)^a **Sidney N. Lederman, Wendy Robson et Peter Cumming, Commission canadienne des droits de la personne et Kristina Potapczyk et procureur général du Canada** (*intimés*) (*intimés*)

A-704-84

A-704-84

Alistair MacBain (*Appellant*) (*Plaintiff*)**Alistair MacBain** (*appelant*) (*demandeur*)

v.

c.

Canadian Human Rights Commission and Sidney N. Lederman, Wendy Robson and Peter Cumming, and Attorney General of Canada (*Respondents*) (*Defendants*)^c **Commission canadienne des droits de la personne et Sidney N. Lederman, Wendy Robson et Peter Cumming, et procureur général du Canada** (*intimés*) (*défendeurs*)

A-996-84

A-996-84

Alistair MacBain (*Applicant*)**Alistair MacBain** (*requérant*)

v.

c.

Canadian Human Rights Commission, Sidney N. Lederman, Wendy Robson, Peter Cumming, Kristina Potapczyk, and Attorney General of Canada (*Respondents*)^e **Commission canadienne des droits de la personne, Sidney N. Lederman, Wendy Robson, Peter Cumming, Kristina Potapczyk, et procureur général du Canada** (*intimés*)

Court of Appeal, Heald, Mahoney and Stone JJ.—Toronto, September 12, 13; Ottawa, October 7, 1985.

^f Cour d'appel, juges Heald, Mahoney et Stone—Toronto, 12, 13 septembre; Ottawa, 7 octobre 1985.

Human rights — Tribunal finding sex discrimination complaint substantiated — Statutory procedure for adjudicating complaints — Whether giving rise to reasonable apprehension of bias — Commission finding complaint "proved" before appointing Tribunal — Connection between prosecutor (Commission) and judge (Tribunal) — Independent administration and adjudication absent under Act — "Properly informed person" test — Tribunal statistics useful only if actual bias alleged — Collier J. correctly finding reasonable apprehension of bias — Impact of Bill of Rights altered by Supreme Court of Canada judgment in Singh subsequent to decision by Collier J. that Bill ineffective as mere statutory construction tool — Tribunal decision set aside for denial of Bill of Rights guarantee of fair hearing in accordance with fundamental justice principles — Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 7(a),(b), 10(a), 35, 36, 39, 40, 41 — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, Appendix III, ss. 1(b), 2(e), 5(2).

Droits de la personne — Le Tribunal a conclu que la plainte d'actes discriminatoires fondés sur le sexe était fondée — Procédure prévue par la Loi pour statuer sur les plaintes — Cette procédure suscite-t-elle une crainte raisonnable de partialité? — Avant de constituer le Tribunal, la Commission a conclu que la plainte avait été «prouvée» — Lien entre le poursuivant (la Commission) et le juge (le Tribunal) — Sous le régime de la Loi, il n'existe pas d'indépendance en matière d'administration ni en matière de décision — Critère de la «personne bien renseignée» — Les statistiques du Tribunal ne sont utiles qu'en cas d'allégation de partialité réelle — Le juge Collier a eu raison de conclure qu'il y avait crainte raisonnable de partialité — L'incidence de la Déclaration des droits a changé par suite du jugement de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Singh qui a été rendu après la décision du juge Collier suivant laquelle la Déclaration est inefficace, n'étant qu'un simple outil d'interprétation — La décision du Tribunal est annulée, l'appelant s'étant vu dénier le droit, garanti par la Déclaration canadienne des droits, à une audition impartiale de sa cause selon les principes de justice fondamentale — Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 7(a),(b), 10(a), 35, 36, 39, 40, 41 — Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, Appendice III, art. 1b), 2e), 5(2).

Bill of Rights — Fair hearing in accordance with fundamental justice principles — Whether violated by Part III and s. 39, Canadian Human Rights Act — Rehabilitation of Bill by judgment of Beetz J. in Singh — Bill not mere interpretation instrument — Bill not providing remedy where breached — Offending provisions declared inoperative: Drybones — No emergency — Rule of law not imperilled — Doctrine of necessity preventing operation of Bill inapplicable — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, Appendix III, ss. 1(b), 2(e), 5(2) — Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, s. 39.

Judicial review — Applications to review — Human rights — Reasonable apprehension of bias — Commission investigating and finding complaint substantiated — Commission appointing Tribunal and prosecuting complaint — Judicial independence — Division of powers — Tribunal members appointed on case-by-case basis — Commission (prosecutor) able to choose "judge" — R. v. Valente (No. 2) distinguished — Collier J. correctly applying Crowe test as to "reasonable and right-minded person" — Tribunal statistics irrelevant as actual bias not at issue — Trial Judge correct as to meaning of "substantiate" — Caccamo case distinguished — Argument relief should not demolish statute — Administrative convenience not overriding natural justice principles — Application allowed, Tribunal decision set aside.

Judicial review — Equitable remedies — Declarations — Canadian Human Rights Act, s. 39(1),(5) declared inoperative in sex discrimination case for violation of Bill of Rights fair hearing guarantee — Declaration affecting only portion of statute and appellant/applicant — Legal chaos not resulting — Previous Tribunal decisions not affected: Re Manitoba Language Rights — Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, s. 39 — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, Appendix III, s. 1(b), 2(e), 5(2).

A Human Rights Tribunal appointed under section 39 of the *Canadian Human Rights Act* found that a complaint of employment-related discrimination on the basis of sex filed against the appellant/applicant had been substantiated. The complaint was dealt with as follows, in conformity with the procedure established by the Act (sections 32 and following). The complaint was filed with the Commission which then designated an investigator to investigate the complaint. In due course, that investigator submitted a report to the Commission. Satisfied that the complaint had been substantiated, the Commission passed a resolution adopting the report. The Commission then appointed a Human Rights Tribunal from a panel of prospective members to inquire into the complaint. The Commission appeared before the Tribunal, presenting evidence and making representations to it, in effect acting as prosecutor. The

Déclaration des droits — Audition impartiale selon les principes de la justice fondamentale — La Partie III et l'art. 39 de la Loi canadienne sur les droits de la personne contre-vennent-ils à ce droit? — Dans ses motifs dans l'arrêt Singh, le juge Beetz a réhabilité la Déclaration — La Déclaration a n'est pas qu'un simple outil d'interprétation — La Déclaration ne prévoit pas de redressement en cas de violation de ses dispositions — Les dispositions incompatibles sont déclarées inopérantes: Drybones — Aucune situation d'urgence — La primauté du droit n'est pas en péril — Le principe de l'état de nécessité susceptible de faire échec à la Déclaration ne s'applique pas — Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, Appendice III, art. 1b), 2e), 5(2) — Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 39.

Contrôle judiciaire — Demandes d'examen — Droits de la personne — Crainte raisonnable de partialité — La Commission a fait enquête et a jugé la plainte fondée — La Commission a constitué un tribunal et a agi à titre de poursuivant — Indépendance judiciaire — Séparation des pouvoirs — Les membres des tribunaux sont nommés cas par cas — La Commission (le poursuivant) est en mesure de choisir son «juge» — Distinction faite avec l'arrêt R. v. Valente (No. 2) — Le juge Collier a correctement appliqué le critère de la «personne raisonnable et sensée» formulé dans l'affaire Crowe — Les statistiques du Tribunal ne sont pas pertinentes étant donné qu'il n'est pas question, en l'espèce, de partialité réelle — Le juge de première instance a raison quant au sens du mot «substantiate» («fonder») — Distinction faite avec l'arrêt Caccamo — On plaide que le redressement ne devrait pas anéantir la Loi — Les motifs de commodité administrative ne l'emportent pas sur les principes de justice naturelle — La demande est accueillie et la décision du Tribunal est annulée.

Contrôle judiciaire — Recours en equity — Jugements déclaratoires — L'art. 39(1),(5) de la Loi canadienne sur les droits de la personne est déclaré inopérant en matière d'actes discriminatoires fondés sur le sexe parce qu'il viole le droit à une audition impartiale garanti par la Déclaration canadienne des droits — Le jugement déclaratoire ne porte que sur une partie de la Loi et ne vise que l'appellant/requérant — Il n'en résulte pas de chaos juridique — Les décisions antérieures des tribunaux ne sont pas touchées: Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba — Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 39 — Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, Appendice III, art. 1b), 2e), 5(2).

h Un tribunal des droits de la personne, constitué en vertu de l'article 39 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, a jugé fondée la plainte d'actes discriminatoires fondés sur le sexe en matière d'emploi qui avait été déposée contre l'appellant/requérant. Voici de quelle façon la plainte a été traitée, conformément à la procédure prévue par la Loi (articles 32 et suivants). La plainte a d'abord été déposée auprès de la Commission qui l'a alors confiée à un enquêteur. Au terme de son enquête, l'enquêteur a soumis un rapport à la Commission qui, convaincue que la plainte était fondée, a adopté une résolution entérinant ledit rapport. La Commission a ensuite constitué, à partir d'une liste de membres potentiels, un tribunal des droits de la personne chargé d'examiner la plainte. La Commission a comparu devant le Tribunal, présenté des éléments de preuve et fait des représentations, agissant en fait à titre de poursuivant.

Tribunal found that the complaint was substantiated and made an order accordingly. It also granted the complainant special compensation.

From the outset, the appellant/applicant objected to the procedure itself, asserting that the method of prosecuting and deciding complaints raised a reasonable apprehension of bias. ^a Mainly on the basis of this argument, the appellant/applicant went before the Federal Court, Trial Division, seeking a writ of prohibition and a declaration that Part III of the Act (which includes section 39) was inconsistent with section 7 and paragraph 11(d) of the Charter, and that Part III and section 39 of the Act were inoperative as violating the appellant/applicant's right to a fair hearing under paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.

The Trial Judge found that there was a reasonable apprehension of bias but dismissed both proceedings, the Charter being found inapplicable and the Bill of Rights ineffective, being a mere tool for construction.

That decision is now the object of two appeals, under different file numbers, one for each proceeding. The Human Rights Tribunal's decision is attacked by a section 28 application.

Since the Commission's resolution, wherein it found that the complaint had been substantiated, has not been questioned in any of the proceedings, it remains a finding against the appellant/applicant respecting his conduct towards the complainant.

The central issue in all three proceedings is that the method of prosecuting and deciding the complaint raised a reasonable apprehension of bias. There was no evidence of actual bias.

Held, the appeal on the writ of prohibition should be dismissed, the subject-matter having become academic; the section 28 application should be allowed and the Tribunal's decision set aside; the appeal on the declaratory relief should be allowed and a declaration made that subsections 39(1) and (5) of the *Canadian Human Rights Act* are inoperative in so far as the complaint herein is concerned.

The Trial Judge based his finding that there was a reasonable apprehension of bias on the fact that the Commission had already found that the case had been "proved" prior to the appointment of the Tribunal. That was not, however, the only reason for reaching that conclusion in this case. An apprehension of bias also results from there being a direct connection between the prosecutor of the complaint (the Commission) and the decision-maker (the Tribunal), the former appointing the latter. That connection easily gives rise to a suspicion of influence or dependency. Even if the statute required the Commission only to decide whether there was sufficient evidence to warrant the appointment of a Tribunal, reasonable apprehension of bias would still exist.

Le Tribunal a conclu que la plainte était fondée et a rendu une ordonnance en conséquence, en plus d'accorder une indemnité spéciale à la plaignante.

Dès le départ, l'appelant/requérant a contesté la procédure elle-même, affirmant que le mécanisme de poursuite et de décision applicable aux plaintes suscitait une crainte raisonnable de partialité. ^a S'appuyant principalement sur cet argument, l'appelant/requérant s'est adressé à la Division de première instance de la Cour fédérale afin d'obtenir un bref de prohibition ainsi qu'un jugement déclaratoire portant que la Partie III de la Loi (qui comprend l'article 39) était incompatible avec l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte, et que la Partie III et l'article 39 de la Loi étaient inopérants puisqu'ils le privaient du droit à l'audition impartiale de sa cause que prévoit l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Le juge de première instance a conclu qu'il y avait crainte raisonnable de partialité, mais a néanmoins rejeté les deux procédures, jugeant la Charte inapplicable et la Déclaration des droits inefficace dans la mesure où elle n'est qu'un simple outil d'interprétation.

Cette décision fait présentement l'objet de deux appels, ^d portant des numéros de greffe différents et visant chacun une procédure en particulier. Le requérant conteste la décision du Tribunal des droits de la personne au moyen d'une demande fondée sur l'article 28.

Comme la résolution dans laquelle la Commission a conclu que la plainte était fondée n'a été remise en question dans aucune des procédures, la conclusion prise contre MacBain relativement à sa conduite à l'égard de la plaignante demeure valide.

La question fondamentale de chacune des trois procédures repose sur l'allégation voulant que le mécanisme de poursuite et de décision applicable à la plainte ait suscité une crainte raisonnable de partialité. Aucune preuve de partialité réelle n'a été apportée.

Arrêt: l'appel visant le bref de prohibition devrait être rejeté, cette question étant devenue théorique; la demande fondée sur l'article 28 devrait être accueillie et la décision du Tribunal annulée; l'appel visant le jugement déclaratoire devrait être ^g accueilli et un jugement déclaratoire portant que les paragraphes 39(1) et (5) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sont inopérants en ce qui concerne la plainte en litige devrait être rendu.

Le juge de première instance a fondé sa conclusion selon laquelle il y avait crainte raisonnable de partialité sur le fait que déjà, avant la constitution du Tribunal, la Commission avait décidé que le bien-fondé de la plainte avait été «prouvé». Il ne s'agissait pas là, toutefois, de la seule raison pour laquelle on a conclu de la sorte en l'espèce. La crainte de partialité résulte ⁱ également du fait qu'il existe un lien direct entre la personne agissant à titre de poursuivant relativement à la plainte (la Commission) et l'instance décisionnelle (le Tribunal), dans la mesure où c'est le poursuivant qui a constitué le Tribunal. Ce lien laisse facilement redouter une influence ou une dépendance quelconque. Même si la Loi exigeait seulement de la Commission qu'elle décide si la preuve est suffisante pour justifier la constitution d'un tribunal, il existerait quand même une crainte raisonnable de partialité.

The case of *Valente* (No. 2) is easily distinguishable. First, the appointment of Provincial Court judges is permanent while the *Canadian Human Rights Act* contemplates the appointment of temporary "judges" on a case-by-case basis. This leaves the "judge" in a state of dependency with respect to his career and allows the prosecutor (the Commission) to choose the "judge" (Tribunal members) to hear a particular case. Second, there is a distinction to be made between independent administration—which does not, at present, totally exist—and independent adjudication. The latter requires that the "judiciary" alone be responsible for "caseflow management". Neither independent administration nor independent adjudication exist under the scheme of the Act.

It is apparent from reading of the Trial Judge's reasons that he did not fail to properly apply the *Marshall Crowe* test with respect to the criteria of a "properly informed person".

The number of complaints that Tribunals have found not to have been substantiated cannot be used to show that there can be no apprehension of bias, because such statistics would only be relevant if the issue were actual bias rather than apprehension of bias.

In view of what has been called a "presumption against a change of terminological usage", there is no basis to the submission that the Trial Judge erred in finding that "substantiated" as used in subsections 36(3) and 41(1) meant "proved" in both cases.

The situation in the *Caccamo* case is quite different from the one at bar where the Commission, after deciding that the complaint has been substantiated, chooses the part-time judges who will hear the complaint, and at the hearing takes the position that its earlier decision was correct.

The observations of Madam Justice Wilson in the recent *Singh* case provide an answer to the plea that any relief granted should not "demolish the statute". She therein expressed doubt that "utilitarian considerations" can constitute a limitation on the rights set out in the Charter. That opinion applies herein in view of the constitutional or quasi-constitutional nature of the rights under the Charter and Bill of Rights which are central to this case.

In his reasons for judgment in *Singh*, Beetz J. has rehabilitated the *Canadian Bill of Rights*, by putting to rest the concept established in the pre-*Singh* case law that it was merely an instrument of construction or interpretation.

The present case satisfies the two conditions for finding a breach of paragraph 2(e): (1) the rights and obligations of the appellant/applicant fall to be determined by a federal tribunal and (2) he was not afforded a "fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice".

While the Bill of Rights does not expressly address the issue of the consequences of a failure to comply with its provisions, it is trite law that there can be no right without a remedy. Furthermore, in *Drybones*, the Supreme Court of Canada has established that the offending provisions of a statute can be

Il est assez facile d'établir une distinction avec l'arrêt *Valente* (No. 2). Tout d'abord, la nomination des juges des cours provinciales est permanente alors que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prévoit la nomination, cas par cas, de «juges» temporaires. Cela place le «juge» dans une situation de dépendance en ce qui a trait à sa carrière et permet au poursuivant (la Commission) de choisir tel «juge» (les membres du tribunal) pour instruire telle affaire. Ensuite, il faut distinguer entre l'indépendance en matière d'administration—qui n'existe pas totalement à l'heure actuelle—et l'indépendance en matière de décision qui exige que la «gérance des rôles» relève uniquement du «pouvoir judiciaire». On ne trouve ni cette indépendance en matière d'administration ni cette indépendance en matière de décision dans le mécanisme prévu par la Loi.

Il ressort clairement des motifs du juge de première instance que ce dernier n'a pas omis d'appliquer correctement la partie du critère formulé dans l'affaire *Marshall Crowe* qui a trait à la «personne bien renseignée».

On ne peut se servir du nombre de plaintes que les tribunaux ont jugé non fondées pour établir qu'il ne peut y avoir crainte de partialité, car de telles statistiques ne seraient pertinentes que s'il était question de partialité réelle plutôt que de crainte de partialité.

Eu égard à ce qu'on appelle la «présomption de stabilité dans l'usage de la terminologie», rien ne permet de prétendre que le juge de première instance a fait erreur en concluant que le mot «substantiated» («fondé»), tel qu'il est utilisé aux paragraphes 36(3) et 41(1), veut dire «prouvé» dans les deux cas.

La situation dans l'arrêt *Caccamo* est bien différente de celle qui nous intéresse où la Commission, après avoir conclu que la plainte est fondée, choisit les juges à temps partiel chargés d'instruire la plainte et vient soutenir, lors de l'instruction, que la décision qu'elle a prise plus tôt était la bonne.

Les remarques du juge Wilson dans le récent arrêt *Singh* répondent à l'argument voulant que quel que soit le redressement accordé, il ne devrait pas «anéantir la Loi». Dans ses remarques, elle a dit douter que des «considérations utilitaires» puissent constituer une limite aux droits énoncés dans la Charte. Étant donné la nature constitutionnelle ou quasi constitutionnelle des droits prévus à la Charte et la Déclaration des droits, droits qui constituent un élément essentiel du présent cas, cette opinion du juge s'applique en l'espèce.

Dans ses motifs de jugement dans l'arrêt *Singh*, le juge Beetz a réhabilité la *Déclaration canadienne des droits* en écartant le principe établi par la jurisprudence antérieure à l'affaire *Singh* et suivant lequel la Déclaration n'est qu'un simple outil d'interprétation.

Le présent cas remplit les deux conditions nécessaires pour pouvoir conclure qu'il y a eu violation de l'alinéa 2e): 1) les droits et obligations de l'applicant/requérant doivent être définis par un tribunal fédéral et 2) il n'a pas eu droit à «une audition impartiale de sa cause selon les principes de justice fondamentale».

Bien que la Déclaration des droits ne traite pas expressément des conséquences découlant de la violation de ses dispositions, il est constant qu'il ne peut y avoir de droit sans redressement. De plus, la Cour suprême du Canada a établi, dans l'arrêt *Drybones*, que les dispositions incompatibles d'une loi peuvent être

declared inoperative. That remedy must, however, be restricted to the particular fact circumstances.

Since there are no conditions of emergency and since the Rule of Law is not imperilled (see *Re Manitoba Language Rights*), the doctrine of necessity does not apply in this case so as to prevent the application of the Bill nor to deprive the appellant/applicant of the declaratory relief to which he is otherwise entitled thereunder.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al., [1978] 1 S.C.R. 369 (commonly called the *Crowe* case); *Giffels & Vallett of Can. Ltd. v. The King ex rel. Miller*, [1952] 1 D.L.R. 620 (Ont. H.C.); *Crawford v. Spooner* (1846), 18 E.R. 667 (P.C.); *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282; *R. v. Hayden* (1983), 3 D.L.R. (4th) 361 (Man. C.A.); *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *Re McGavin Toastmaster Ltd. et al. and Powlowski et al.* (1973), 37 D.L.R. (3d) 100 (Man. C.A.).

DISTINGUISHED:

R. v. Valente (No. 2) (1983), 2 C.C.C. (3d) 417 (Ont. C.A.); *Caccamo v. Minister of Manpower and Immigration*, [1978] 1 F.C. 366; (1977), 75 D.L.R. (3d) 720 (C.A.); *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; 59 N.R. 321.

REFERRED TO:

Cashin v. Canadian Broadcasting Corporation, [1984] 2 F.C. 209 (C.A.); *Re Latimer (W.D.) Co. Ltd. et al. and Bray et al.* (1974), 6 O.R. (2d) 129 (C.A.); *Hogan v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 574; *Attorney General of Canada et al. v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170; *R. v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693; *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.

COUNSEL:

P. Genest, Q.C. and *S. John Page* for appellant.
Robert Rueter for respondents Sidney N. Lederman, Wendy Robson, Peter Cumming.
R. G. Juriansz and *J. Hendry* for respondent Canadian Human Rights Commission.

Mary F. Cornish for respondent Kristina Potapczyk.

James J. Carthy, Q.C. and *Robert E. Hawkins* for respondent Attorney General of Canada.

déclarées inopérantes. Toutefois, ce redressement doit se limiter aux faits particuliers de l'espèce.

Comme il n'y a pas, en l'espèce, de situation d'urgence et que la primauté du droit n'est pas mise en péril (voir le *Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba*), le principe de l'état de nécessité ne s'applique pas en l'espèce de façon à empêcher l'application de la Déclaration ou à priver l'appelant/requérant du redressement qui s'ouvre par ailleurs à lui en vertu de la Déclaration.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres, [1978] 1 R.C.S. 369 (communément appelé l'affaire *Crowe*); *Giffels & Vallett of Can. Ltd. v. The King ex rel. Miller*, [1952] 1 D.L.R. 620 (H.C. Ont.); *Crawford v. Spooner* (1846), 18 E.R. 667 (P.C.); *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282; *R. v. Hayden* (1983), 3 D.L.R. (4th) 361 (C.A. Man.); *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *Re McGavin Toastmaster Ltd. et al. and Powlowski et al.* (1973), 37 D.L.R. (3d) 100 (C.A. Man.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

R. v. Valente (No. 2) (1983), 2 C.C.C. (3d) 417 (C.A. Ont.); *Caccamo c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1978] 1 C.F. 366; (1977), 75 D.L.R. (3d) 720 (C.A.); *Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; 59 N.R. 321.

DÉCISIONS CITÉES:

Cashin c. Société Radio-Canada, [1984] 2 C.F. 209 (C.A.); *Re Latimer (W.D.) Co. Ltd. et al. and Bray et al.* (1974), 6 O.R. (2d) 129 (C.A.); *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574; *Procureur général du Canada et autre c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170; *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693; *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

AVOCATS:

P. Genest, c.r. et *S. John Page* pour l'appellant.

Robert Rueter pour les intimés Sidney N. Lederman, Wendy Robson, Peter Cumming.

R. G. Juriansz et *J. Hendry* pour l'intimée Commission canadienne des droits de la personne.

Mary F. Cornish pour l'intimée Kristina Potapczyk.

James J. Carthy, c.r. et *Robert E. Hawkins* pour l'intimé le procureur général du Canada.

SOLICITORS:

Cassels, Brock & Blackwell, Toronto, for appellant.

Stikeman, Elliott, Toronto, for respondents Sidney N. Lederman, Wendy Robson, Peter Cumming.

Canadian Human Rights Commission, Ottawa, for respondent Canadian Human Rights Commission.

Cornish & Associates, Toronto, for respondent Kristina Potapczyk.

Weir & Foulds, Toronto, for respondent Attorney General of Canada.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HEALD J.: These reasons apply to three different proceedings in this Court which, by order of the Court, and on the consent of all parties, were argued together.

The proceeding in File No. A-703-84 is an appeal from a judgment of the Trial Division [*MacBain v. Canadian Human Rights Commission*, [1984] 1 F.C. 696] which dismissed, without costs, the appellant's application for a writ of prohibition. The proceeding in File No. A-704-84 is an appeal from a judgment of the Trial Division [*idem*] which dismissed, with costs, the appellant's claim for declaratory relief as specified in the appellant's amended statement of claim filed in that action. The proceeding in File No. A-996-84 is a section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] application which attacks a decision made by the respondents Lederman, Robson and Cumming, acting as a Human Rights Tribunal (the Tribunal) appointed under section 39 of the *Canadian Human Rights Act* [S.C. 1976-77, c. 33] (the Act).

All three proceedings arise from a complaint filed with the Canadian Human Rights Commission (the Commission) by the respondent Potapczyk. That complaint alleged that the appellant/applicant Alistair MacBain (MacBain) engaged in a discriminatory practice against her on the basis

PROCUREURS:

Cassels, Brock & Blackwell, Toronto, pour l'appellant.

Stikeman, Elliott, Toronto, pour les intimés Sidney N. Lederman, Wendy Robson, Peter Cumming.

Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa, pour l'intimée Commission canadienne des droits de la personne.

Cornish & Associates, Toronto, pour l'intimée Kristina Potapczyk.

Weir & Foulds, Toronto, pour l'intimé le procureur général du Canada.

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

LE JUGE HEALD: Les présents motifs s'appliquent à trois procédures différentes intentées devant cette Cour qui a ordonné, du consentement de toutes les parties, qu'elles soient plaidées ensemble.

La procédure à la base du dossier n° A-703-84 est un appel interjeté contre un jugement de la Division de première instance [*MacBain c. Commission canadienne des droits de la personne*, [1984] 1 C.F. 696] qui a rejeté, sans adjuger de dépens, la demande de l'appellant visant un bref de prohibition. La procédure du dossier n° A-704-84 est un appel interjeté d'un jugement de la Division de première instance [*idem*] qui a rejeté, avec dépens, la demande de jugement déclaratoire de l'appellant présentée dans la déclaration amendée de l'appellant déposée relativement à cette action. La procédure à la base du dossier n° A-996-84 est une demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10] qui attaque une décision rendue par les intimés Lederman, Robson et Cumming en qualité de membres d'un Tribunal des droits de la personne (le Tribunal) constitué en vertu de l'article 39 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [S.C. 1976-77, chap. 33] (la Loi).

Chacune des trois procédures procède d'une plainte déposée auprès de la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) par l'intimée Potapczyk. Cette plainte alléguait que l'appellant/requérant Alistair MacBain (MacBain) avait commis à son égard des actes discrimi-

of her sex during the course of her employment with him in contravention of paragraphs 7(a), 7(b) and 10(a) of the Act. After the filing of the complaint, the Commission appointed an investigator pursuant to section 35 of the Act who completed an investigation into that complaint, thereafter reporting her findings to the Commission pursuant to section 36 of the Act. The relevant portions of sections 35 and 36 read as follows:

35. (1) The Commission may designate a person (hereinafter referred to as an "investigator") to investigate a complaint.

36. (1) An investigator shall, as soon as possible after the conclusion of an investigation, submit to the Commission a report of the findings of the investigation.

(2) If, on receipt of a report mentioned in subsection (1), the Commission is satisfied

(a) that the complainant ought to exhaust grievance or review procedures otherwise reasonably available, or

(b) that the complaint could more appropriately be dealt with, initially or completely, by a procedure provided for under an Act of Parliament other than this Act,

it shall refer the complainant to the appropriate authority.

(3) On receipt of a report mentioned in subsection (1), the Commission

(a) may adopt the report if it is satisfied that the complaint to which the report relates has been substantiated and should not be referred pursuant to subsection (2) or dismissed on any ground mentioned in subparagraphs 33(b)(ii) to (iv); or

(b) shall dismiss the complaint to which the report relates if it is satisfied that the complaint has not been substantiated or should be dismissed on any ground mentioned in subparagraphs 33(b)(ii) to (iv).

(4) After receipt of a report mentioned in subsection (1), the Commission

(a) shall notify in writing the complainant and the person against whom the complaint was made of its action under subsection (2) or (3); and

(b) may, in such manner as it sees fit, notify any other person whom it considers necessary to notify of its action under subsection (2) or (3).

On November 22, 1983, the Commission passed a resolution in which it found that Potapczyk's complaint against MacBain was substantiated pursuant to the authority conferred upon it pursuant to subsection 36(3) of the Act.¹ This decision has not been questioned in any of the proceedings

¹ This Court has held that the Commission is acting in a judicial capacity when making such a determination. See: *Cashin v. Canadian Broadcasting Corporation*, [1984] 2 F.C. 209 (C.A.).

natoires fondés sur le sexe alors qu'elle était son employée et qu'il avait ainsi contrevenu aux alinéas 7a), 7b) et 10a) de la Loi. Après le dépôt de la plainte, la Commission a, en vertu de l'article 35 de la Loi, nommé un enquêteur. Celui-ci a effectué une enquête au sujet de cette plainte et a par la suite fait part de ses conclusions à la Commission conformément à l'article 36 de la Loi. Les dispositions pertinentes des articles 35 et 36 sont les suivantes:

35. (1) La Commission peut désigner la personne (ci-après dénommée «l'enquêteur») chargée d'enquêter sur une plainte.

36. (1) L'enquêteur doit, le plus tôt possible après la fin de l'enquête, présenter son rapport à la Commission.

(2) Dans les cas où, au reçu du rapport d'enquête prévu au paragraphe (1), la Commission est convaincue

a) qu'il est préférable que le plaignant épuise les recours internes ou les procédures d'appel ou de règlement des griefs qui lui sont raisonnablement ouverts, ou

b) que la plainte pourrait avantageusement être instruite, dans un premier temps ou à toutes les étapes, selon des procédures prévues par une autre loi du Parlement, elle doit renvoyer la plainte à l'autorité compétente.

(3) Dans les cas où, au reçu du rapport d'enquête prévu au paragraphe (1), la Commission est convaincue

a) que la plainte est fondée, qu'il n'y a pas lieu de la renvoyer conformément au paragraphe (2), ni de la rejeter pour les motifs énoncés aux sous-alinéas 33b)(ii) à (iv), elle peut accepter le rapport; ou

b) que la plainte n'est pas fondée ou qu'il y a lieu de la rejeter pour les motifs énoncés aux sous-alinéas 33b)(ii) à (iv), elle doit rejeter la plainte.

(4) Après réception du rapport d'enquête prévu au paragraphe (1), la Commission

a) doit informer par écrit les parties à la plainte de la décision qu'elle a prise en vertu des paragraphes (2) ou (3); et

b) peut informer toute autre personne, de la manière qu'elle juge indiquée, de la décision qu'elle a prise en vertu des paragraphes (2) ou (3).

Le 22 novembre 1983, la Commission a adopté une résolution dans laquelle, en vertu du pouvoir qui lui était conféré par le paragraphe 36(3) de la Loi¹, elle a conclu que la plainte portée par Potapczyk contre MacBain était fondée. Cette décision n'a été remise en question dans aucune

¹ Cette Cour a décidé que la Commission exerce une fonction judiciaire lorsqu'elle rend une telle décision. Voir: *Cashin c. Société Radio-Canada*, [1984] 2 C.F. 209 (C.A.).

presently before the Court. Accordingly, it remains as a finding against MacBain respecting his conduct towards Potapczyk. The Commission further resolved to appoint a Tribunal to inquire into the complaint and authorized the Chief Commissioner to do so. The authority to appoint such a Tribunal is contained in subsection 39(1) of the Act.

Sections 39, 40 and 41 read:

39. (1) The Commission may, at any stage after the filing of a complaint, appoint a Human Rights Tribunal (hereinafter in this Part referred to as a "Tribunal") to inquire into the complaint.

(2) A Tribunal may not consist of more than three members.

(3) No member, officer or employee of the Commission, and no individual who has acted as investigator or conciliator in respect of the complaint in relation to which a Tribunal is appointed, is eligible to be appointed to the Tribunal.

(4) A member of a Tribunal is entitled to be paid such remuneration and expenses for the performance of duties as a member of the Tribunal as may be prescribed by by-law of the Commission.

(5) In selecting any individual or individuals to be appointed as a Tribunal, the Commission shall make its selection from a panel of prospective members, which shall be established and maintained by the Governor in Council.

40. (1) A Tribunal shall, after due notice to the Commission, the complainant, the person against whom the complaint was made and, at the discretion of the Tribunal, any other interested party, inquire into the complaint in respect of which it was appointed and shall give all parties to whom notice has been given a full and ample opportunity, in person or through counsel, of appearing before the Tribunal, presenting evidence and making representations to it.

(2) The Commission, in appearing before a Tribunal, presenting evidence and making representations to it, shall adopt such position as, in its opinion, is in the public interest having regard to the nature of the complaint being inquired into.

(3) In relation to a hearing under this Part, a Tribunal may

(a) in the same manner and to the same extent as a superior court of record, summon and enforce the attendance of witnesses and compel them to give oral or written evidence on oath and to produce such documents and things as the Tribunal deems requisite to the full hearing and consideration of the complaint;

(b) administer oaths; and

(c) receive and accept such evidence and other information, whether on oath or by affidavit or otherwise, as the Tribunal sees fit, whether or not such evidence or information is or would be admissible in a court of law.

(4) Notwithstanding paragraph (3)(c), a tribunal may not receive or accept as evidence anything that would be inadmissible in a court by reason of any privilege under the law of evidence.

des procédures actuellement soumises à l'appréciation de la Cour. En conséquence, la conclusion prise contre MacBain relativement à sa conduite à l'endroit de Potapczyk continue de s'appliquer. La Commission a également résolu de constituer un tribunal chargé d'examiner la plainte et a autorisé le président à ce faire. C'est le paragraphe 39(1) de la Loi qui confère le pouvoir de constituer un tel tribunal.

b Les articles 39, 40 et 41 sont ainsi libellés:

39. (1) La Commission peut, à toute étape postérieure au dépôt de la plainte, constituer un tribunal des droits de la personne (ci-après dénommé, à la présente Partie, le «tribunal») chargé d'examiner la plainte.

c (2) Le tribunal se compose de trois membres au maximum.

(3) Les fonctions de commissaire ou d'employé de la Commission et, pour une plainte donnée, celles d'enquêteur ou de conciliateur sont incompatibles avec les fonctions de membre du tribunal.

d (4) Les membres du tribunal ont droit, pour l'exercice de leurs fonctions, à la rémunération et aux indemnités de dépenses prévues au règlement de la Commission.

e (5) La Commission choisit, sur une liste établie par le gouverneur en conseil, les membres du tribunal.

40. (1) Le tribunal doit, après avis conforme à la Commission, aux parties et, à sa discrétion, à tout intéressé, examiner l'objet de la plainte pour laquelle il a été constitué; il doit donner à ceux-ci la possibilité pleine et entière de comparaître et de présenter des éléments de preuve et des arguments, même par l'intermédiaire d'un avocat.

g (2) En comparaisant devant le tribunal et en présentant ses éléments de preuve et ses arguments, la Commission doit adopter l'attitude la plus proche, à son avis, de l'intérêt public, compte tenu de la nature de la plainte.

(3) Pour la tenue de ses audiences en vertu de la présente Partie, le tribunal a le pouvoir

h a) d'assigner et de contraindre les témoins à comparaître, à déposer verbalement ou par écrit sous la foi du serment et à produire les documents et pièces qu'il juge nécessaires à l'examen complet de la plainte, au même titre qu'une cour supérieure d'archives;

i b) de faire prêter serment; et

c) de recevoir des éléments de preuve ou des renseignements par déclaration verbale ou écrite sous serment ou par tout autre moyen qu'il estime indiqué, indépendamment de leur admissibilité devant un tribunal judiciaire.

j (4) Par dérogation à l'alinéa (3)c), le tribunal ne peut admettre en preuve les éléments qui, dans le droit de la preuve, sont confidentiels devant les tribunaux judiciaires.

(5) Notwithstanding subsection (2), a conciliator appointed to settle a complaint is not a competent or compellable witness at a hearing of a Tribunal appointed to inquire into the complaint.

(6) A hearing of a Tribunal shall be public, but a Tribunal may exclude members of the public during the whole or any part of a hearing if it considers such exclusion to be in the public interest.

(7) Any person summoned to attend a hearing pursuant to this section is entitled in the discretion of the Tribunal to receive the like fees and allowances for so doing as if summoned to attend before the Federal Court of Canada.

41. (1) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is not substantiated, it shall dismiss the complaint.

(2) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is substantiated, subject to subsection (4) and section 42, it may make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in such order any of the following terms that it considers appropriate:

(a) that such person cease such discriminatory practice and, in consultation with the Commission on the general purposes thereof, take measures, including adoption of a special program, plan or arrangement referred to in subsection 15(1), to prevent the same or a similar practice occurring in the future;

(b) that such person make available to the victim of the discriminatory practice on the first reasonable occasion such rights, opportunities or privileges as, in the opinion of the Tribunal, are being or were denied the victim as a result of the practice;

(c) that such person compensate the victim, as the Tribunal may consider proper, for any or all of the wages that the victim was deprived of and any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice; and

(d) that such person compensate the victim, as the Tribunal may consider proper, for any or all additional cost of obtaining alternative goods, services, facilities or accommodation and any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice.

(3) In addition to any order that the Tribunal may make pursuant to subsection (2), if the Tribunal finds that

(a) a person is engaging or has engaged in a discriminatory practice wilfully or recklessly, or

(b) the victim of the discriminatory practice has suffered in respect of feelings or self-respect as a result of the practice,

the Tribunal may order the person to pay such compensation to the victim, not exceeding five thousand dollars, as the Tribunal may determine.

(4) If, at the conclusion of its inquiry into a complaint regarding discrimination in employment that is based on a physical handicap of the victim, the Tribunal finds that the complaint is substantiated but that the premises or facilities of the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice impede physical access thereto by, or lack proper amenities for, persons suffering from the physical handicap of the victim, the Tribunal shall, by order, so indicate and shall include in such order any recommendations that it

(5) Par dérogation au paragraphe (2), le conciliateur n'est un témoin ni compétent ni contraignable devant le tribunal.

(6) Les audiences du tribunal sont publiques, mais le tribunal peut, dans l'intérêt public, ordonner le huis clos pour tout ou partie de leur durée.

(7) Les témoins assignés à comparaître en vertu du présent article peuvent, à la discrétion du tribunal, recevoir les frais et indemnités accordés aux témoins assignés devant la Cour fédérale du Canada.

41. (1) A l'issue de son enquête, le tribunal rejette la plainte qu'il juge non fondée.

(2) A l'issue de son enquête, le tribunal qui juge la plainte fondée peut, sous réserve du paragraphe (4) et de l'article 42, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire

a) de mettre fin à l'acte et de prendre des mesures destinées à prévenir les actes semblables, et ce, en consultation avec la Commission relativement à l'objet général de ces mesures; celles-ci peuvent comprendre l'adoption d'une proposition relative à des programmes, des plans ou des arrangements spéciaux visés au paragraphe 15(1);

b) d'accorder à la victime, à la première occasion raisonnable, les droits, chances ou avantages dont, de l'avis du tribunal, l'acte l'a privée;

c) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction qu'il juge indiquée, des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l'acte; et

d) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction qu'il fixe, des frais supplémentaires causés, pour recourir à d'autres biens, services, installations ou moyens d'hébergement, et des dépenses entraînées par l'acte.

(3) Outre les pouvoirs que lui confère le paragraphe (2), le tribunal, ayant conclu

a) que la personne a commis l'acte discriminatoire de propos délibéré ou avec négligence, ou

b) que la victime a souffert un préjudice moral par suite de l'acte discriminatoire,

peut ordonner à la personne de payer à la victime une indemnité maximale de cinq mille dollars.

(4) Le tribunal qui, à l'issue de son enquête, juge fondée une plainte portant sur l'emploi d'un handicapé physique, tout en reconnaissant l'impossibilité en raison d'un handicap de cette nature d'accéder aux locaux ou d'utiliser normalement les installations de l'auteur de l'acte discriminatoire, doit le mentionner et faire les recommandations qu'il estime indiquées dans son ordonnance; le tribunal ne peut toutefois pas rendre une ordonnance en vertu des paragraphes (2) ou (3).

considers appropriate but the Tribunal may not make an order under subsection (2) or (3).

After the Commission decided to substantiate the complaint and to appoint a Tribunal, a short list of potential members was prepared for the Chief Commissioner of the Commission. The Chief Commissioner proceeded to personally select the respondents Lederman, Robson and Cumming to constitute the Tribunal to inquire into the complaint against MacBain. As of December, 1983, approximately one hundred persons had been appointed by the Governor-in-Council as prospective members of Tribunals to be selected under subsection 39(5) of the Act. The Chief Commissioner, in testimony before the House of Commons Standing Committee on Justice and Legal Affairs, on December 13, 1983, stated that only twenty-six of these prospective members had been selected during 1982 to sit as Tribunals.

The Tribunal commenced its hearing into the complaint against MacBain on April 9, 1984 with the Commission appearing as prosecutor. Meanwhile, on March 30, 1984, MacBain had commenced an action in the Trial Division of this Court for a declaration, *inter alia*, that Part III of the Act (which includes section 39) was inconsistent with paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter) [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)]. On June 21, 1984, MacBain filed an amended statement of claim wherein the declaration asked for in respect of Part III and section 39 was broadened to allege inconsistency with section 7 of the Charter as well. The amended statement of claim also asked for a declaration that Part III and portions of section 39 of the Act were inoperative as abrogating, abridging and infringing MacBain's right to a fair hearing under paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* (the Bill) [R.S.C. 1970, Appendix III].

As noted *supra*, MacBain also sought a writ of prohibition to prohibit the Tribunal from proceeding to hear the complaint against him citing in support of that application, the same grounds on

Après que la Commission eut décidé d'établir le bien-fondé de la plainte et de constituer un tribunal, une liste restreinte des membres possibles a été préparée pour le président de la Commission. Le président a personnellement choisi les intimés Lederman, Robson et Cumming pour constituer le Tribunal chargé d'examiner la plainte portée contre MacBain. En décembre 1983, environ cent personnes composaient la liste établie par le Gouverneur en conseil à partir de laquelle, conformément au paragraphe 39(5) de la Loi, devaient être choisis les membres des tribunaux. Le président, témoignant le 13 décembre 1983 devant le Comité permanent de la Justice et des questions juridiques de la Chambre des communes, a déclaré qu'en 1982, seulement vingt-six de ces membres possibles avaient été choisis pour constituer des tribunaux.

Le 9 avril 1984, le Tribunal a commencé à tenir son audience relativement à la plainte portée contre MacBain. La Commission y comparait comme poursuivante. Entre temps, le 30 mars 1984, MacBain avait intenté, en Division de première instance de cette Cour, une action visant un jugement déclaratoire statuant, entre autres, que la Partie III de la Loi (qui comprend l'article 39) était incompatible avec l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)]. Le 21 juin 1984, MacBain a déposé une déclaration amendée dans laquelle il demandait que le jugement déclaratoire qu'il avait sollicité relativement à la Partie III et à l'article 39 statue également qu'il y avait incompatibilité avec l'article 7 de la Charte. La déclaration amendée demandait également qu'il soit déclaré que la Partie III et certaines parties de l'article 39 de la Loi étaient inopérantes parce qu'elles supprimaient, restreignaient ou enfreignaient le droit de MacBain à une audition impartiale prévu à l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* (la Déclaration) [S.R.C. 1970, Appendice III].

Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, MacBain sollicitait également un bref de prohibition qui interdirait au Tribunal de procéder à l'audition de la plainte portée contre lui, s'appuyant pour cette

which the declaratory relief was sought. On March 29, 1984, MacBain had requested in writing that the hearing scheduled to commence on April 9, 1984 be adjourned pending resolution of the applicant's proceedings in the Trial Division. The adjournment request was declined by the Tribunal at the opening of the hearing on April 9. It also declined to stay its proceedings pending the application for prohibition. The Tribunal went on to hear the complaint in the absence of MacBain and his counsel who withdrew from the hearing. At the hearings before the Tribunal, the Commission, pursuant to section 40, prosecuted the complaint against MacBain.

The applications for prohibition and for judgment in the action were heard together by Collier J. on May 7 and 8, 1984 and he delivered oral reasons for judgment on May 9, 1984. When the motions before Collier J. were heard, the Tribunal had heard only part of the evidence and had adjourned its hearings to a date to be fixed. The Tribunal proceeded with its hearings on May 17 and 18, 1984. When the hearings resumed, MacBain's counsel asked for an adjournment pending an appeal from the judgment of Collier J. That motion was refused and the Tribunal went on to hear the remainder of the evidence in the absence of MacBain and his counsel who withdrew from that hearing also. Like the Commission, the Tribunal found that Potapczyk's complaint against MacBain had been substantiated and made the following order dated July 23, 1984:

(a) That the Respondent, Alistair MacBain, cease any further contravention of Section 7(b) of the Canadian Human Rights Act in the manner set out in the aforesaid Reasons and that he refrain henceforth from committing the same or similar contraventions against his employees;

(b) That the Respondent, Alistair MacBain, pay to the Complainant, Kristina Potapczyk, compensation in the amount of \$1,500.00 under section 41(3) of the Canadian Human Rights Act.

Decision of Tribunal, Case, Vol. I, pages 64-65

REASONABLE APPREHENSION OF BIAS

The central issue in all three proceedings presently before the Court is an allegation that Mac-

requête sur les mêmes moyens que pour la demande de jugement déclaratoire. Le 29 mars 1984, MacBain avait demandé par écrit que l'audience qui devait commencer le 9 avril 1984 soit ajournée jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les procédures qu'il avait entreprises en Division de première instance. La requête pour ajournement a été rejetée par le Tribunal le 9 avril, à l'ouverture de l'audience. Il a aussi refusé de suspendre ses procédures jusqu'à ce qu'il ait été décidé de la requête pour bref de prohibition. Le Tribunal a ensuite entendu la plainte en l'absence de MacBain et de son avocat, qui s'étaient retirés de l'audience. Lors des audiences tenues devant le Tribunal, la Commission, conformément à l'article 40, a agi à titre de poursuivante relativement à la plainte portée contre MacBain.

La requête pour bref de prohibition et la demande de jugement dans l'action ont été entendues ensemble par le juge Collier les 7 et 8 mai 1984. Le 9 mai 1984, le juge énonçait ses motifs du jugement. Au moment où ont été entendues les requêtes faites devant le juge Collier, le Tribunal n'avait entendu qu'une partie de la preuve et avait ajourné ses auditions à une date indéterminée. Le Tribunal a tenu ses audiences les 17 et 18 mai 1984. À la reprise des audiences, l'avocat de MacBain a demandé qu'il y ait ajournement jusqu'à ce que décision ait été rendue sur l'appel interjeté du jugement du juge Collier. Après avoir rejeté cette requête, le Tribunal a entendu le reste de la preuve en l'absence de MacBain et de son avocat, qui s'étaient également retirés de cette audience. Comme la Commission, le Tribunal a conclu que la plainte portée contre MacBain par Potapczyk était fondée. Il a rendu l'ordonnance suivante, en date du 23 juillet 1984:

a) Que le mis en cause, Alistair MacBain, cesse d'enfreindre l'alinéa 7b) de la Loi canadienne sur les droits de la personne de la manière énoncée ci-avant et qu'il s'abstienne désormais de commettre les mêmes infractions ou d'autres semblables à l'égard de ses employés;

b) Que le mis en cause, Alistair MacBain, verse à la plaignante, Kristina Potapczyk, une indemnité de 1 500 \$ en vertu du paragraphe 41(3) de la Loi canadienne sur les droits de la personne.

Décision du Tribunal, dossier conjoint, vol. I, pages 62 et 63.

CRAINTE RAISONNABLE DE PARTIALITÉ

La question fondamentale de chacune des trois procédures actuellement entreprises devant la

Bain had a reasonable apprehension of bias arising out of the method of prosecuting and deciding the complaint. It is common ground that in the circumstances of this case, there was no evidence of actual bias. The matters, both in the Trial Division and in this Court were argued on the basis of reasonable apprehension of bias. In this Court, counsel for the appellant/applicant supported that finding. In essence his submission was to the following effect: in the instant case, and pursuant to the scheme envisaged in the Act, the Commission investigated, made findings of substantiation and then prosecuted this complaint; the very same Commission also appointed the Tribunal members who heard and decided the case adversely to the appellant/applicant. Such a scheme violates the principle that no one will judge his own cause since it cannot be said that there is any meaningful distinction between being your own judge and selecting the judges in your own cause. Accordingly, the scheme is inherently offensive and gives rise to a reasonable apprehension of bias thereby violating the principles of natural justice.

Counsel all agreed that the proper test to be applied when considering the issue of reasonable apprehension of bias was that set out by Mr. Justice de Grandpré in the *Crowe*² case. The relevant portion of his reasons read as follows:

The proper test to be applied in a matter of this type was correctly expressed by the Court of Appeal. As already seen by the quotation above, the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. In the words of the Court of Appeal, that test is "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude. Would he think that it is more likely than not that Mr. Crowe, whether consciously or unconsciously, would not decide fairly."

I can see no real difference between the expressions found in the decided cases, be they 'reasonable apprehension of bias', 'reasonable suspicion of bias', or 'real likelihood of bias'. The grounds for this apprehension must, however, be substantial and I entirely agree with the Federal Court of Appeal which

² *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369 at pp. 394-395.

Cour repose sur l'allégation voulant que le mécanisme de poursuite et de décision applicable à la plainte a suscité chez MacBain une crainte raisonnable de partialité. Tous reconnaissent que dans les circonstances de l'espèce, il n'y a eu aucune preuve de partialité réelle. À la fois devant la Division de première instance et devant cette Cour, les questions débattues avaient pour fondement la crainte raisonnable de partialité. Devant cette Cour, l'avocat de l'appellant/requérant a soutenu la validité de cette conclusion. Fondamentalement, son argumentation était la suivante: en l'espèce, conformément au mécanisme prévu dans la Loi, la Commission a tenu une enquête, a conclu que la plainte était fondée et a ensuite agi à titre de poursuivante relativement à cette plainte. Cette même Commission a également désigné les membres du Tribunal qui a entendu la cause et a rendu une décision défavorable à l'appellant/requérant. Une telle façon de procéder viole le principe voulant que nul ne soit juge en sa propre cause, puisqu'on ne peut dire qu'il y ait une différence significative entre être son propre juge et choisir les juges dans sa propre cause. Par conséquent, cette manière de procéder est, en soi, irrégulière; elle suscite une crainte raisonnable de partialité, violant par là les principes de justice naturelle.

Les avocats se sont tous entendus pour dire que, dans l'examen de la question de la crainte raisonnable de partialité, le critère à appliquer était celui qu'a énoncé M. le juge de Grandpré dans l'affaire *Crowe*². La partie pertinente de ses motifs est la suivante:

La Cour d'appel a défini avec justesse le critère applicable dans une affaire de ce genre. Selon le passage précité, la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d'appel, ce critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, M. Crowe, consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste?»

Je ne vois pas de différence véritable entre les expressions que l'on retrouve dans la jurisprudence, qu'il s'agisse de «crainte raisonnable de partialité», «de soupçon raisonnable de partialité», ou «de réelle probabilité de partialité». Toutefois, les motifs de crainte doivent être sérieux et je suis complètement

² *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, aux pages 394 et 395.

refused to accept the suggestion that the test be related to the "very sensitive or scrupulous conscience".

This is the proper approach which, of course, must be adjusted to the facts of the case. The question of bias in a member of a court of justice cannot be examined in the same light as that in a member of an administrative tribunal entrusted by statute with an administrative discretion exercised in the light of its experience and of that of its technical advisers.

Collier J. after reviewing the facts, the scheme of the Act and the test set out in the *Crowe* case *supra*, concluded that (page 707):

... the reaction of a reasonable and right-minded person, viewing the whole procedure as set out in the statute and as adopted in respect of this particular complaint, would be to say: there is something wrong here; the complaint against me has been ruled proved; now that complaint is going to be heard by a tribunal appointed by the body who said the complaint has been proved; that same body is going to appear against me in that hearing and urge the complaint to be found to be proved.

It is clear from a perusal of the reasons of the learned Trial Judge in their entirety that, in his view, the most serious problem with the scheme of the Act is the requirement initially for the Commission to determine whether the complaint has been "substantiated" (subsection 36(3)) whereas the Tribunal is obligated in its deliberations to make the same determination—namely substantiation of the complaint (subsections 41(1) and (2)). He observed that the same word "substantiate" was used in both subsections and it was his opinion that the same meaning should be ascribed to that word in both subsections. He defined "substantiate" to mean "prove" and applied that definition to both subsections. In his view, it was the fact that the Commission had already found that the case against MacBain had been "proved" prior to the appointment of the Tribunal that gave rise to a reasonable apprehension of bias. The Trial Judge made it clear that his finding of apprehension of bias rested on the provisions requiring substantiation and that if the statute had simply required the Commission to be satisfied that there was enough evidence to warrant a hearing, no apprehension of bias would exist. I say this because of that portion of his reasons which reads (page 707):

d'accord avec la Cour d'appel fédérale qui refuse d'admettre que le critère doit être celui d'«une personne de nature scrupuleuse ou tatillonne».

^a Telle est la façon juste d'aborder la question mais il faut évidemment l'adapter aux faits de l'espèce. La question de la partialité ne peut être examinée de la même façon dans le cas d'un membre d'un tribunal judiciaire que dans le cas d'un membre d'un tribunal administratif que la loi autorise à exercer ses fonctions de façon discrétionnaire, à la lumière de son expérience ainsi que de celle de ses conseillers techniques.

^b Le juge Collier, après avoir examiné les faits ainsi que l'économie de la Loi et après avoir étudié le critère énoncé dans l'affaire *Crowe*, précitée, a conclu (à la page 707):

^c ... face à l'ensemble de la procédure prévue par la loi et adoptée en regard de cette plainte précise, la réaction d'une personne raisonnable et sensée serait de dire: il y a quelque chose qui ne va pas ici; la plainte portée contre moi a été déclarée fondée; maintenant, cette plainte va être entendue par un tribunal constitué par l'organisme qui a déclaré que la plainte est fondée; ce même organisme va comparaître contre moi dans cette instance et réclamer qu'on conclue que la plainte est fondée.

^e Il ressort clairement de la lecture attentive des motifs du juge de première instance que, à son point de vue, le problème le plus grave ayant trait au mécanisme prévu à la Loi est l'exigence selon laquelle la Commission doit déterminer au départ si une plainte «est fondée» («*substantiated*») (paragraphe 36(3)), alors que le Tribunal doit, au cours de ses délibérations, décider de la même question—à savoir si la plainte est fondée (paragraphe 41(1) et (2)). Il a souligné que les deux paragraphes (du texte anglais) employaient le mot «*substantiate*» et qu'à son avis ce mot devait recevoir le même sens dans les deux paragraphes. Il a défini le mot «*substantiate*» comme ayant le sens de «*prove*» («prouver») et a appliqué cette définition à chacun des deux paragraphes. Selon lui, la crainte raisonnable de partialité provenait de ce que la Commission avait, avant la constitution du Tribunal, déjà décidé que le bien-fondé de la plainte portée contre MacBain avait été «prouvé». Le juge de première instance a clairement exprimé que sa conclusion sur la crainte de partialité reposait sur la disposition exigeant que la plainte soit jugée bien fondée, et que si la Loi avait simplement exigé que la Commission soit convaincue que la preuve justifiait une audience, il n'existerait aucune crainte de partialité. Ceci découle du passage suivant de ses motifs (page 707):

No feeling of disquietude could arise, nor indeed any complaint be made, if the provisions regarding substantiation of the complaint by the Commission were absent. Or, if the procedural provision there merely required the Commission to be satisfied there was enough material or evidence warranting a hearing and decision by a tribunal.

With respect, I differ from the view of the learned Trial Judge that the issue of substantiation is the only factor when considering apprehension of bias. In my view, the apprehension of bias also exists in this case because there is a direct connection between the prosecutor of the complaint (the Commission) and the decision-maker (the Tribunal). That connection easily gives rise, in my view, to a suspicion of influence or dependency. After considering a case and deciding that the complaint has been substantiated, the "prosecutor" picks the Tribunal which will hear the case. It is my opinion that even if the statute only required the Commission to decide whether there was sufficient evidence to warrant the appointment of a Tribunal, reasonable apprehension of bias would still exist.

The situation in the case at bar is quite different, in my view, from the issue decided by the Ontario Court of Appeal in the case of *R. v. Valente (No. 2)* (1983), 2 C.C.C. (3d) 417. The issue there was the independence of provincially appointed judges in the Province of Ontario. It is beyond argument that the principle of judicial independence is essential to the administration of justice in our system. This principle is supported by the tradition of a division of powers. However, as a practical matter, absolute independence is not possible at present. This is so because the Government of Canada as well as the Government of the Provinces exercise considerable, albeit varying degrees of administrative oversight over the judiciary. I refer to the financial and administrative control over judges which presently resides in the Executive Branch of the Federal and most Provincial Governments. It is to this nebulous area where the division of powers is not absolute that the Ontario Court of Appeal addressed itself in *Valente (No. 2)*, *supra* and concluded that the principle of independence had been maintained.

S'il n'y avait pas les dispositions qui prévoient que la Commission juge la plainte fondée, il n'y aurait pas ce sentiment d'inquiétude, et on ne pourrait se plaindre non plus. Ni si la procédure en l'espèce exigeait simplement que la Commission soit convaincue que la preuve écrite ou testimoniale justifie que le tribunal tienne une audition et rende une décision.

Avec déférence, je ne suis pas d'accord avec le juge de première instance pour dire que l'appréciation du bien-fondé de la plainte soit le seul facteur dont il faille tenir compte lorsqu'on étudie la question de la crainte de partialité. À mon avis, une autre raison pour laquelle il y a crainte de partialité dans la présente affaire est qu'il existe un lien direct entre la personne agissant à titre de poursuivant relativement à la plainte (la Commission) et l'instance décisionnelle (le Tribunal). À mon avis, ce lien permet de redouter une influence ou une dépendance quelconques. Après avoir étudié une affaire et décidé que la plainte était fondée, le «poursuivant» choisit le tribunal qui entendra la cause. Mon opinion est que même si la Loi exigeait seulement que la Commission décide si la preuve est suffisante pour justifier la constitution d'un tribunal, il existerait encore une crainte raisonnable de partialité.

À mon avis, la situation caractérisant la présente affaire est assez différente de la question qu'a tranchée la Cour d'appel de l'Ontario dans la décision *R. v. Valente (No. 2)* (1983), 2 C.C.C. (3d) 417. S'y posait la question de l'indépendance de juges nommés par la province d'Ontario. Tous reconnaîtront que, dans notre système, l'indépendance judiciaire est un principe fondamental de l'administration de la justice. Ce principe est appuyé par une tradition de séparation des pouvoirs. Toutefois, pour des raisons pratiques, l'indépendance absolue est présentement impossible. La raison en est que le gouvernement du Canada, comme les gouvernements des provinces, exerce sur le judiciaire une tutelle administrative qui, quoique d'étendue variable, est très importante. Je parle du pouvoir de contrôle administratif et financier des juges qui est présentement dévolu à l'exécutif du gouvernement fédéral et de la plupart des gouvernements provinciaux. C'est de cette zone nébuleuse où la séparation des pouvoirs n'est pas absolue que la Cour d'appel de l'Ontario a traité dans l'affaire *Valente (No. 2)*, précitée, pour conclure que le principe de l'indépendance avait été respecté.

I see at least two very important differences between the system of appointment of provincial judges in Ontario which was reviewed in *Valente* (No. 2), *supra*, and the system employed by the Commission under this Act. Firstly, in most jurisdictions in this country, the appointment of judges is permanent³ whereas the scheme of this Act contemplates the appointment of temporary "judges" on a case-by-case basis.

At page 105 of his study, Chief Justice Deschênes said:

An appointment during pleasure or for a probationary period is inconsistent with the independence necessary to the judicial function.

In this way, the executive hangs a sword of Damocles over the head of a new judge. A judge who accepts a one-year appointment is, in all likelihood, interested in carving out a career in the judiciary but this career will hinge on the goodwill of the Prince. Clearly, a judge on probation is not independent and there is a risk that his decisions may be coloured by his plans for the future. Could he rule against a government from whose "pleasure" his appointment derives? And in private litigation, could he take the position that the law and his conscience dictate but that might displease the government of the day? Then too, what criteria will the government apply in deciding after one year of probation whether a judge merits a permanent appointment?

His firm recommendation was, accordingly, that the system of appointing judges during pleasure or for a probationary period should be abolished. That criticism of the system of probationary and "at pleasure" appointments applies even more forcibly to the system of case-by-case assignments employed under this Act. At the very least, the prosecutor should not be able to choose his "judge" from a list of temporary "judges". That, however, is precisely what happens when the Commission chooses the Tribunal members who will hear a particular case.

The second important distinction between the *Valente* facts and the facts in the case at bar relates to the distinction which has to be made between independent administration (which, as we have seen does not totally exist at the present time) and independent adjudication which, in my view, is a necessary and vital component of judicial independence and the proper administration of jus-

³ The only exceptions noted by Chief Justice Deschênes in his study on the independent judicial administration of the Courts [*Masters in their own house*][—]September, 1981, are the Yukon, Nova Scotia and Newfoundland.

Je vois au moins deux différences importantes entre le système de nomination des juges provinciaux en Ontario, qui a été examiné dans l'affaire *Valente* (No. 2), précitée, et le système utilisé par la Commission en vertu de la présente Loi. Tout d'abord, en ce qui concerne la plupart des juridictions de ce pays, la nomination des juges est permanente³ alors que la Loi prévoit la nomination, cas par cas, de «juges» temporaires.

À la page 107 de son étude, le juge en chef Deschênes dit:

L'indépendance nécessaire à la fonction judiciaire s'accommoder mal d'une nomination durant bon plaisir ou durant une période qui conditionne la nomination durant bonne conduite.

L'exécutif suspend ainsi une épée de Damoclès sur la tête du nouveau juge. Celui qui accepte d'être nommé pour un an est vraisemblablement intéressé à faire carrière dans la magistrature, mais cette carrière dépend du bon vouloir du Prince. Le juge sous probation n'est donc pas indépendant et il y a péril que ses décisions soient colorées par ses plans d'avenir. Comment pourrait-il juger contre un gouvernement dont «le bon plaisir» régit sa nomination? Et comment pourrait-il adopter, dans des litiges privés, l'attitude que la loi et sa conscience lui dictent mais qui pourrait déplaire aux puissants du jour?

Par ailleurs quels critères un gouvernement appliquera-t-il pour décider, après un an, que tel juge mérite d'être nommé en permanence?

En conséquence, il recommandait fortement l'abolition du système de nomination des juges «durant bon plaisir» ou «sous probation». Cette critique du système des nominations «sous probation» et «durant bon plaisir» s'applique avec encore plus de force au système des affectations cas par cas qu'utilise la Loi. À tout le moins, le poursuivant ne devrait pas avoir le pouvoir de choisir son «juge» à partir d'une liste de «juges» temporaires. C'est toutefois exactement ce qui se passe lorsque la Commission choisit les membres du tribunal qui entendront une affaire déterminée.

La seconde importante distinction factuelle qui s'impose entre de l'affaire *Valente* et l'espèce a trait à la distinction qui doit être faite entre l'indépendance en matière d'administration (qui, ainsi que nous l'avons vu, n'existe pas totalement à l'heure actuelle) et l'indépendance en matière de décision qui, selon moi, constitue un composant essentiel de l'indépendance judiciaire et de la

³ Les seules exceptions notées par le juge en chef Deschênes dans son étude sur l'administration judiciaire autonome des tribunaux [*Maîtres chez eux*][—]septembre 1981, sont le Yukon, la Nouvelle-Écosse et Terre-Neuve.

tice. Independent adjudication must necessarily include such matters as the preparation of trial lists, decisions on the order in which cases are to be tried, the assignment of judges to the cases and the allocation of court rooms. Chief Justice Deschênes characterizes these items as being “case-flow management”. His comments read as follows (See Deschênes *supra*, p. 124):

These are all factors on which the integrity of the judicial process itself depends. Leave its control to outsiders, civil servants or others, and soon one will see a particular judge being assigned to a particular case for reasons irrelevant to the proper administration of justice. The independence of the judiciary requires absolutely that the judiciary and it alone manage and control the movement of cases on the trial lists and the assigning of the judges who will hear these cases.

In my view, those comments have particular pertinence to the appointment of a Tribunal under this Act. Given a scheme in which both of the objectionable features discussed by Chief Justice Deschênes *supra*, are present, I have no hesitation in concluding that an informed person, viewing the matter realistically and practically, and having thought the matter through, would conclude that a reasonable apprehension of bias exists under this scheme and in this case.

In attempting to impeach the findings of the learned Trial Judge on reasonable apprehension of bias, counsel for the Commission submitted that Collier J. did not properly apply the test from the *Crowe* case. More particularly, it was his submission that the Trial Judge omitted from the *Crowe* test the issue as to whether a reasonable and right-minded person was properly informed. I do not agree with this submission. A reading of the reasons of Collier J. persuades me that he did in fact apply the *Crowe* test. At page 707, Mr. Justice Collier clearly prefaces his conclusion with the following: “Keeping in mind the test propounded in the *Marshall Crowe* case . . .”. It is correct to observe that later on at pages 28 and 29 of the Appeal Book, he does not include in his reference to “a reasonable and right-minded person” the further qualification that such a person must also be “properly informed”. However, in my view, in applying the *Crowe* test, he did not lose sight of this additional requirement since he applies the test of a reasonable and right-minded person (at page 707 F.C.) “viewing the whole procedure as

bonne administration de la justice. L’indépendance en matière de décision comprend nécessairement des questions telles la préparation des rôles, la décision sur l’ordre d’appel des causes, l’affectation des juges aux diverses causes et la désignation des salles d’audience. Le juge en chef Deschênes classe ces éléments sous le titre «Gérance des rôles». Voici d’ailleurs ses commentaires (voir Deschênes précité, à la page 130):

Il s’agit là d’éléments qui conditionnent l’intégrité du processus judiciaire lui-même. Qu’on en laisse le contrôle à des tiers, fonctionnaires du gouvernement ou autres, et l’on verra bientôt un juge particulier affecté à une cause particulière, pour des motifs inavouables. L’indépendance de la magistrature exige absolument qu’elle et elle seule, gère et contrôle le mouvement des causes au rôle d’audience et l’affectation des juges qui les entendront.

À mon avis, ces commentaires sont particulièrement pertinents en ce qui concerne la constitution d’un tribunal en vertu de cette Loi. Face à un mécanisme où se retrouvent les deux caractéristiques répréhensibles examinées par le juge en chef Deschênes, précité, c’est sans aucune hésitation que j’en viens à la conclusion qu’une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, concluerait qu’il y a, en l’espèce, crainte raisonnable de partialité en vertu du présent mécanisme.

L’avocat de la Commission s’est attaqué aux conclusions du savant juge de première instance concernant la crainte raisonnable de partialité en alléguant que le juge Collier n’avait pas correctement appliqué le critère formulé dans l’arrêt *Crowe*. Plus précisément, il a soutenu que le juge de première instance avait omis cette partie du critère *Crowe* portant sur la question de savoir si la personne raisonnable et sensée était bien informée. Je ne suis pas d’accord avec son argument. Je suis convaincu, après avoir lu les motifs du juge Collier, que ce dernier a bel et bien appliqué le critère *Crowe*. À la page 707, M. le juge Collier annonce clairement sa conclusion de la façon suivante: «Si on garde à l’esprit le critère formulé dans l’arrêt *Marshall Crowe*. . .» Il est juste de souligner que plus loin, aux pages 28 et 29 du dossier d’appel, le juge, lorsqu’il fait allusion à «une personne raisonnable et sensée», ne mentionne pas la qualité supplémentaire que doit également posséder cette personne, soit celle d’être «bien renseignée». À mon avis, toutefois, il n’a pas, en appliquant le critère *Crowe*, perdu de vue cette exigence supplémentaire

set out in the statute and as adopted in respect of this particular complaint". I think it clear from this passage that in the view of Collier J. a "properly informed person" was one who was knowledgeable about the scheme of the statute and was also knowledgeable as to the way in which that scheme was applied in the processing of the complaint at bar. Accordingly, I do not think he failed to properly apply the *Crowe* test. Counsel for the Commission then went on to analyze the cases which had been heard by Tribunals under this Act. The analysis indicates that during the years 1979 to 1984, approximately one-half of the Tribunals appointed did not substantiate the complaints before them. With respect, I fail to appreciate the relevance of such statistics. They would only be relevant, in my view, if the issue being discussed was actual bias rather than apprehension of bias.

Counsel also submitted that Mr. Justice Collier erred in finding that "substantiate" as used both in subsections 36(3) and 41(1) meant "proved" in both subsections.

As stated earlier herein, I do not consider the issue of substantiation to be the only factor when considering apprehension of bias. Having said that, let me hasten to add that, in my view, Mr. Justice Collier was correct in concluding that "substantiate" has the same meaning in subsection 36(3) as it does in subsection 41(1). I so conclude because, in my view, since the word is used in two sections of the Act, both of which form part of the same procedure for the disposition of complaints, it should be presumed initially that the same word should have the same meaning. Dr. Driedger, in the *Construction of Statutes*, Second Edition, says at page 93:

There is another draftsman's guide to good drafting and hence also a reader's guide, namely, the same words should have the same meaning, and, conversely, different words should have different meanings. (Called the "presumption against a change of terminological usage" by Lord Simon in *Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Wadlhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] 1 All E.R. 810, at p. 847).

puisque'il applique le critère d'une personne raisonnable et sensée (à la page 707 C.F.) «face à l'ensemble de la procédure prévue par la loi et adoptée en regard de cette plainte précise». Selon moi, il ressort clairement de cet extrait qu'aux yeux du juge Collier, une «personne bien renseignée» était une personne connaissant bien le mécanisme prévu dans la loi ainsi que la façon dont il s'appliquait dans le traitement de la plainte en litige. En conséquence, je ne crois pas que le juge ait appliqué incorrectement le critère *Crowe*. L'avocat de la Commission a ensuite analysé les diverses affaires instruites par les tribunaux constitués en vertu de la Loi. Son analyse révèle qu'entre 1979 et 1984, environ la moitié des tribunaux ainsi constitués ont jugé non fondées les plaintes qui leur étaient soumises. En toute déférence, je ne vois pas en quoi ces statistiques sont pertinentes. À mon avis, elles ne le seraient que si il était question de partialité réelle et non de crainte de partialité.

L'avocat a également prétendu que M. le juge Collier a fait erreur en concluant que le mot «*substantiate*» utilisé aux paragraphes 36(3) et 41(1) voulait dire, dans les deux cas, «prouvé».

Comme je l'ai souligné plus tôt aux présents motifs, je ne crois pas que la question de l'appréciation du bien-fondé de la plainte soit le seul facteur à prendre en considération lorsqu'on s'interroge sur la crainte de partialité. Cela étant dit, je m'empresse d'ajouter qu'à mon avis, le juge Collier a eu raison de conclure que le mot «*substantiate*» a le même sens au paragraphe 36(3) qu'au paragraphe 41(1). Si j'en viens à cette conclusion, c'est que selon moi, comme ce mot est utilisé dans deux articles de la Loi qui font partie intégrante de la même procédure de règlement des plaintes, il faut au départ présumer qu'un mot a partout le même sens. M. Driedger, dans son ouvrage *Construction of Statutes, Second Edition*, affirme, à la page 93:

[TRADUCTION] Il existe un autre principe à l'intention des rédacteurs et, partant, des lecteurs, savoir, lorsqu'un même mot est utilisé, il devrait recevoir le même sens et, inversement, lorsqu'on utilise des mots différents, on devrait leur attribuer des sens différents. (Ce principe a été appelé «présomption de stabilité dans l'usage de la terminologie» par lord Simon dans l'affaire *Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Wadlhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] 1 All E.R. 810, à la p. 847).

Likewise, in the case of *Giffels & Vallett of Can. Ltd. v. The King ex rel. Miller*, [1952] 1 D.L.R. 620 (Ont. H.C.), at page 630, Gale J. said:

While it is quite true that a word may have different meanings in the same statute or even in the same section, it is not to be forgotten that the first inference is that a word carries the same connotation in all places where it is found in a statute . . .

In order to give effect to this submission, it would be necessary to read paragraph 36(3)(a) of the Act as though the word “substantiated” was deleted and the following word or words of like import were substituted therefor: “that an inquiry into the complaint is warranted.” The courts have resisted this practice of adding or deleting words in a statute. The rationale for this resistance was well stated by Lord Brougham in *Crawford v. Spooner* (1846), 18 E.R. 667 (P.C.), where he said [at page 670]:

The construction of the Act must be taken from the bare words of the Act. We cannot fish out what possibly may have been the intention of the Legislature; we cannot aid the Legislature’s defective phrasing of the Statute; we cannot add, and mend, and, by construction make up deficiencies . . .

For these reasons, I find no basis for this submission by counsel for the Commission.

I turn now to the submissions made by counsel for the members of the Tribunal. Counsel relied on the decision of this Court in *Caccamo v. Minister of Manpower and Immigration*, [1978] 1 F.C. 366; (1977), 75 D.L.R. (3d) 720 to answer the submissions of MacBain’s counsel that the scheme of the Act as applied to this case gave rise to a reasonable apprehension of bias. In that case, it was submitted that a reasonable apprehension of bias existed in respect of a Special Inquiry Officer designated to hold an inquiry under the *Immigration Act* [R.S.C. 1970, c. I-2] to determine whether the appellant Caccamo should be deported. The alleged basis for deportation was that the appellant had been adjudged by the Ontario courts and the Supreme Court of Canada to be a member of the Mafia and was, therefore, a member of an inadmissible class, namely, a member of a group which engages in or advocates subversion of democratic government, institutions or processes as they are understood in Canada and that prior to the inquiry, a newspaper report quoted the Director of

De même, dans l’arrêt *Giffels & Vallett of Can. Ltd. v. The King ex rel. Miller*, [1952] 1 D.L.R. 620 (H.C. Ont.), à la page 630, le juge Gale a déclaré:

^a [TRADUCTION] Même s’il est vrai qu’un mot peut prendre des sens différents à l’intérieur d’une même loi, voire d’un même article, n’oublions pas qu’il faut d’abord présumer qu’un mot a le même sens partout où il est utilisé dans une loi . . .

^b Pour donner effet à cet argument, il faudrait lire l’alinéa 36(3)a de la Loi comme si le mot «*substantiated*» («fondée») n’y était pas et qu’on y trouvait plutôt les mots suivants: [TRADUCTION] «qu’un examen de la plainte est justifié». Les tribunaux ont résisté à cette pratique qui consiste à ajouter ou à supprimer des mots dans une loi. Lord Brougham, dans *Crawford v. Spooner* (1846), 18 E.R. 667 (P.C.), a bien exposé la raison de cette résistance lorsqu’il a dit [à la page 670]:

^c [TRADUCTION] Il faut interpréter la Loi à partir de ses termes mêmes. Il faut se garder d’en extirper ce qui a peut-être été l’intention du législateur; on ne peut venir en aide au législateur qui a mal formulé sa loi; on ne peut ajouter ni corriger, ni suppléer, par interprétation, aux imperfections . . .

^d Pour ces motifs, je ne vois aucun fondement venant appuyer cet argument de l’avocat de la Commission.

^e Je vais maintenant examiner les arguments soumis par l’avocat représentant les membres du Tribunal. Celui-ci s’est appuyé sur la décision de cette Cour dans *Caccamo c. Le ministre de la Main-d’œuvre et de l’Immigration*, [1978] 1 C.F. 366; (1977), 75 D.L.R. (3d) 720, pour répondre aux arguments des avocats de MacBain selon qui le mécanisme prévu dans la Loi, tel qu’il est appliqué en l’espèce, laisse planer une crainte raisonnable de partialité. Dans l’affaire *Caccamo*, on a prétendu qu’il y avait crainte raisonnable de partialité dans le cas d’un enquêteur spécial désigné pour tenir une enquête en vertu de la *Loi sur l’Immigration* [S.R.C. 1970, chap. I-2] en vue de déterminer si l’appelant Caccamo devait être expulsé. La décision d’expulser l’appelant reposait présumément sur le fait que les tribunaux de l’Ontario ainsi que la Cour suprême du Canada avaient statué qu’il était membre de la Mafia et, partant, membre d’une catégorie de personnes inadmissibles, c’est-à-dire membre d’un groupe qui travaille ou incite au renversement du régime, des institu-

Information of the Department of Manpower and Immigration as saying that the Department must take the position that the Mafia is a subversive organization. The Court decided that the Special Inquiry Officer would not be disqualified in such a situation merely because he, along with every other officer of the Department of Manpower and Immigration was an officer subject to the direction and control of the Deputy Minister of Manpower and Immigration as was the Information Director who made the press statements complained of. The Court expressed the view that since the newspaper report indicated no more than that the Department had instituted deportation proceedings against the appellant because of its views with respect to the appellant's activities, there was no suggestion that the Department was imposing its views on the Special Inquiry Officer. The Special Inquiry Officer was still under a duty to determine, on the evidence, whether the appellant was subject to deportation. In my opinion, the *Caccamo* case *supra*, is easily distinguishable on its facts from the case at bar. In *Caccamo* there was no suggestion that the Department had taken the firm position in advance of the inquiry that the allegations against the appellant had been substantiated. The press release simply stated the position that the Department was going to take at the Special Inquiry. That is quite a different situation from the one at bar where the Commission, after deciding that the complaint has been substantiated, chooses the part-time judges who will hear the complaint, and at that hearing takes the position that its earlier decision was correct. Such a scheme represents after-the-fact justification for a decision already made by it and before judges of its own choosing.

Counsel for the Attorney General opened his oral submissions with a frank concession that "What we have here is an appearance of unfairness" which "may deserve relief". He then went on to urge that any relief granted should not "demolish the statute." He proceeded to emphasize that in this case we are dealing with an administrative tribunal and not a court in the traditional sense. He submitted that, in these circumstances, the

tions ou des méthodes démocratiques, tels qu'ils s'entendent au Canada, et sur le fait qu'avant le début de l'enquête, un journal avait rapporté les propos du Directeur de l'information du ministère de la Main-d'œuvre et de l'Immigration affirmant que le Ministère devait considérer la Mafia comme une organisation vouée au renversement. La Cour a conclu que dans un tel cas, l'enquêteur spécial ne serait pas jugé inhabile du seul fait qu'il tombe, comme tous les autres fonctionnaires du ministère de la Main-d'œuvre et de l'Immigration, sous la direction et l'autorité du sous-ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration, comme c'était le cas du Directeur de l'information ayant fait à la presse les déclarations dont on se plaignait. La Cour s'est dite d'avis que dans la mesure où l'article du journal révélait simplement que le Ministère avait, en raison de l'opinion qu'il entretenait quant aux activités de l'appelant, entamé des procédures d'expulsion contre ce dernier, rien ne laissait entendre que le Ministère imposait son opinion à l'enquêteur spécial. Ce dernier était toujours tenu de décider, à la lumière de la preuve, si l'appelant était sujet à l'expulsion. À mon avis, il est facile, à la lumière des faits de l'arrêt *Caccamo*, précité, de distinguer ce cas de celui qui nous intéresse. Dans *Caccamo*, rien ne laissait supposer que le Ministère avait, avant le début l'enquête, adopté la position bien arrêtée que les allégations formulées contre l'appelant étaient fondées. L'article ne faisait qu'énoncer la position qu'allait adopter le Ministère à l'enquête spéciale. Voilà une situation bien différente du présent cas où la Commission, après avoir décidé que la plainte est fondée, choisit les juges à temps partiel chargés d'instruire la plainte et vient soutenir, lors de l'instruction, que la décision qu'elle a prise plus tôt était la bonne. Ce mécanisme auquel a recours la Commission revient à faire justifier après coup, par des juges qu'elle a elle-même choisis, une décision qu'elle a déjà prise.

L'avocat du procureur général a commencé ses plaidoiries en reconnaissant ouvertement que [TRADUCTION] «Nous sommes en présence d'une apparence de partialité» qui [TRADUCTION] «pourrait mériter redressement». Il a poursuivi en insistant pour que le redressement qui pourrait être accordé ne vienne pas [TRADUCTION] «anéantir la Loi». Il a ensuite souligné qu'en l'espèce, il est question d'un tribunal administratif et non d'un

procedure set out in the Act should be seen “through the eyes of an informed person examining this tribunal and its functions realistically and practically.” He then proceeded to detail numerous features of the scheme of the Act. With respect, it seems to me that this analysis begs the question because it fails to consider whether the respondent was afforded fundamental justice under that scheme. Some of the features mentioned by counsel relate to “utilitarian considerations” such as volume, expense, efficiency and expediency. In this connection, I think the observations made by Madam Justice Wilson in *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, are relevant. The learned Justice was discussing the section 1 limits on section 7 of the Charter. At pages 218 and 219, she expressed doubt that “utilitarian considerations” can constitute a limitation on the rights set out in the Charter. She went on to state:

Certainly the guarantees of the *Charter* would be illusory if they could be ignored because it was administratively convenient to do so. No doubt considerable time and money can be saved by adopting administrative procedures which ignore the principles of fundamental justice but such an argument, in my view, misses the point of the exercise under s. 1. The principles of natural justice and procedural fairness which have long been espoused by our courts, and the constitutional entrenchment of the principles of fundamental justice in s. 7, implicitly recognize that a balance of administrative convenience does not override the need to adhere to these principles.

Since the constitutional or quasi-constitutional rights under the Charter and Bill are central to this case, I consider these statements of the law to be germane to the issue being discussed.

For all of the above reasons, I have concluded that Mr. Justice Collier did not err in finding a reasonable apprehension of bias in this case.

THE APPLICATION OF THE BILL OF RIGHTS

The relevant sections of the *Canadian Bill of Rights* for the purpose of considering the issues in these proceedings are paragraph 2(e) and subsection 5(2). Those provisions read as follows:

tribunal au sens traditionnel. Il a prétendu que dans ces circonstances, la procédure énoncée dans la Loi devrait être examinée [TRADUCTION] «à travers les yeux d’une personne renseignée, procédant à un examen réaliste et pratique de ce tribunal et de ses attributions.» Il s’est ensuite attaché à préciser en détail les nombreuses caractéristiques du mécanisme prévu par la Loi. En toute déférence, il me semble que cette analyse élude le problème puisqu’elle ne pose pas la question de savoir si le droit de l’intimé à la justice fondamentale a été respecté en vertu de ce mécanisme. Certaines des caractéristiques mentionnées par l’avocat s’apparentent à des «considérations utilitaires» telles que l’importance du rôle, les coûts, l’efficacité et la commodité. À cet égard, j’estime pertinentes les remarques formulées par le juge Wilson dans *Singh et autres c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177. Le savant juge traitait alors des limites imposées à l’article 7 de la Charte par l’article 1 de ce même document. Aux pages 218 et 219, elle dit douter que des «considérations utilitaires» puissent constituer une limite aux droits énoncés dans la Charte. Elle poursuit en affirmant:

Les garanties de la *Charte* seraient certainement illusoire s’il était possible de les ignorer pour des motifs de commodité administrative. Il est sans doute possible d’épargner beaucoup de temps et d’argent en adoptant une procédure administrative qui ne tient pas compte des principes de justice fondamentale, mais un tel argument, à mon avis, passe à côté de l’objet de l’art. 1. Les principes de justice naturelle et d’équité en matière de procédure que nos tribunaux ont adoptés depuis longtemps et l’enchâssement constitutionnel des principes de justice fondamentale à l’art. 7 comportent la reconnaissance implicite que la prépondérance des motifs de commodité administrative ne l’emporte pas sur la nécessité d’adhérer à ces principes.

Comme les droits constitutionnels et quasi constitutionnels prévus à la Charte et à la Déclaration constituent un élément essentiel du présent cas, j’estime que ces exposés du droit sont pertinents à la question dont nous traitons.

Pour tous les motifs susmentionnés, j’en suis venu à la conclusion que le juge Collier n’a pas fait erreur en décidant qu’il y a, en l’espèce, crainte raisonnable de partialité.

L’APPLICATION DE LA DÉCLARATION DES DROITS

Les dispositions de la *Déclaration canadienne des droits* pertinentes à l’examen des questions que soulèvent les présentes procédures sont l’alinéa 2e) et le paragraphe 5(2) qui sont ainsi rédigés:

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

(e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations;

5. ...

(2) The expression "law of Canada" in Part I means an Act of the Parliament of Canada enacted before or after the coming into force of this Act, any order, rule or regulation thereunder, and any law in force in Canada or in any part of Canada at the commencement of this Act that is subject to be repealed, abolished or altered by the Parliament of Canada.

At the hearing before Mr. Justice Collier, counsel for MacBain urged the application of paragraph 2(e) of the Bill to this case. This argument was rejected. His reasons for refusing to apply the Bill are found at page 709. I quote herewith the pertinent portions of those reasons:

The *Canadian Bill of Rights* is not part of Canada's Constitution. It has had an unhappy, ineffective judicial history ...

For MacBain, it was said it can be brought into play here: the Commission has, in this instance, so applied the *Canadian Human Rights Act* to create a reasonable apprehension of bias; a fair hearing cannot be had; if the Commission intends to appoint a tribunal, it must first not substantiate the complaint. Mr. Genest did not submit that I should hold the relevant provisions of the legislation to be inoperative. He argued I should merely hold the application of the statute by the Commission, in this case, to be contrary to the strictures found in paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.

I have concluded, with regret, misgivings, and doubt, I cannot utilize the *Canadian Bill of Rights* in that manner. Nor can I, in the facts and circumstances here, hold the relevant provisions of the *Canadian Human Rights Act* to be inoperative.

In partial self-defence I suggest the *Canadian Bill of Rights* is an awkward statute. That is all it is: a statute. It has no real fangs. It is, as phrased, to my mind, a tool for construction of legislation, not for destruction of impingements on rights.

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations;

5. ...

(2) L'expression «loi du Canada», à la Partie I, désigne une loi du Parlement du Canada, édictée avant ou après la mise en vigueur de la présente loi, ou toute ordonnance, règle ou règlement établi sous son régime, et toute loi exécutoire au Canada ou dans une partie du Canada lors de l'entrée en application de la présente loi, qui est susceptible d'abrogation, d'abolition ou de modification par le Parlement du Canada.

Lors de l'instruction devant le juge Collier, l'avocat de MacBain a soutenu avec insistance que l'alinéa 2e) de la Déclaration s'appliquait au présent cas, mais son argument n'a pas été retenu. Les motifs pour lesquels le juge Collier a refusé d'appliquer la Déclaration se trouvent à la page 709. Je cite ci-dessous les passages pertinents de ces motifs:

La *Déclaration canadienne des droits* ne fait pas partie de la Constitution canadienne. Elle n'a produit dans le passé que des résultats malheureux et futiles ...

On dit que pour MacBain, la Déclaration peut s'appliquer: en l'espèce la Commission a appliqué la *Loi canadienne sur les droits de la personne* de manière à créer une crainte raisonnable de partialité; il ne peut y avoir une audition impartiale; si la Commission a l'intention de constituer un tribunal, elle doit d'abord s'abstenir de déclarer la plainte fondée. M^e Genest ne m'a pas demandé de déclarer sans effet les dispositions pertinentes de la loi. Il a fait valoir que je dois simplement conclure qu'en l'espèce, l'application de la loi par la Commission est contraire aux restrictions qu'énonce l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*.

C'est à regret, avec des doutes et des hésitations, que je conclus qu'on ne peut utiliser de cette manière la *Déclaration canadienne des droits*. Je ne puis non plus, compte tenu des faits en l'espèce, conclure que les dispositions pertinentes de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sont sans effet.

Pour ma défense, j'avance que la *Déclaration canadienne des droits* est une loi incommode. C'est tout ce que c'est: une loi. Elle n'a pas véritablement de dents; c'est, telle que je la conçois, un instrument d'interprétation des lois, et non un instrument qui empêche la violation des droits.

With deference I agree with Mr. Justice Collier's appreciation of the state of the law pertaining to the Bill as of the date his reasons for judgment were given in this case. However, since that time the decision of the Supreme Court of Canada in the *Singh* case *supra* has been delivered. I think it accurate to observe that most certainly one of the consequences of that landmark decision has been to reinvigorate the *Canadian Bill of Rights*. Accordingly, I think it necessary to consider that decision in some depth. Madam Justice Wilson speaking for herself, the Chief Justice and Lamer J. at page 185 of her reasons made the following comments concerning the Bill in general.

There can be no doubt that this statute continues in full force and effect and that the rights conferred in it are expressly preserved by s. 26 of the *Charter*. However, since I believe that the present situation falls within the constitutional protection afforded by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, I prefer to base my decision upon the *Charter*.

On the other hand, Mr. Justice Beetz, speaking for himself and Estey and McIntyre JJ. found that the procedures followed for determining Convention Refugee status as set out in the *Immigration Act, 1976* [S.C. 1976-77, c. 52] were in conflict with paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. At page 224 of his reasons, Mr. Justice Beetz stated:

Thus, the *Canadian Bill of Rights* retains all its force and effect, together with the various provincial charters of rights. Because these constitutional or quasi-constitutional instruments are drafted differently, they are susceptible of producing cumulative effects for the better protection of rights and freedoms. But this beneficial result will be lost if these instruments fall into neglect. It is particularly so where they contain provisions not to be found in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and almost tailor-made for certain factual situations such as those in the cases at bar.

In my view, this statement puts to rest the concept stated by Collier J. (as established in the pre-*Singh* jurisprudence) that the Bill is merely an instrument of construction or interpretation. At page 226 of his reasons, Beetz J. appears to have adopted the submission of the appellant's counsel that two points must be established in order to find a breach of paragraph 2(e): Firstly, it must be shown that a party's "rights and obligations" fall to be determined by a federal tribunal; and,

En toute déférence, je suis d'accord avec l'évaluation que le juge Collier a fait de l'état du droit en ce qui concerne la Déclaration à la date où il a prononcé ses motifs de jugement dans la présente affaire. Depuis lors, cependant, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'affaire *Singh*, précitée. Je pense qu'il est juste de souligner que l'une des conséquences de cet arrêt de principe a sans doute été d'insuffler une vigueur nouvelle à la *Déclaration canadienne des droits*. Par conséquent, j'estime qu'il est nécessaire d'examiner cette décision assez en détail. Le juge Wilson, parlant alors pour elle-même, le juge en chef et le juge Lamer, a formulé les commentaires suivants relativement à la Déclaration en général, à la page 185 de ses motifs.

Il ne peut y avoir de doute que cette loi continue de s'appliquer pleinement et que les droits qu'elle confère sont expressément préservés par l'art. 26 de la *Charte*. Cependant, étant donné que j'estime que la présente situation relève de la protection constitutionnelle que fournit la *Charte canadienne des droits et libertés*, je préfère fonder ma décision sur la *Charte*.

D'autre part, le juge Beetz, parlant alors pour lui-même ainsi que pour les juges Estey et McIntyre, a conclu que les procédures d'examen du statut de réfugié au sens de la Convention énoncées dans la *Loi sur l'immigration de 1976* [S.C. 1976-77, chap. 52] étaient incompatibles avec l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. À la page 224 de ses motifs, le juge Beetz a déclaré:

Ainsi, la *Déclaration canadienne des droits* conserve toute sa force et son effet, de même que les diverses chartes des droits provinciales. Comme ces instruments constitutionnels ou quasi-constitutionnels ont été rédigés de diverses façons, ils sont susceptibles de produire des effets cumulatifs assurant une meilleure protection des droits et des libertés. Ce résultat bénéfique sera perdu si ces instruments tombent en désuétude. Cela est particulièrement vrai dans le cas où ils contiennent des dispositions qu'on ne trouve pas dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et qui paraissent avoir été spécialement conçues pour répondre à certaines situations de fait comme de celles en cause en l'espèce.

À mon avis, cet exposé écarte le principe formulé par le juge Collier (tel qu'il est établi dans la jurisprudence antérieure à l'affaire *Singh*) et suivant lequel la Déclaration n'est qu'un simple outil d'interprétation. À la page 226 de ses motifs, le juge Beetz semble avoir adopté l'argument de l'avocat de l'appellant selon lequel deux éléments doivent être établis pour pouvoir conclure qu'il y a eu violation de l'alinéa 2e): premièrement, il faut établir que les «droits et obligations» d'une partie

secondly, it must be established that the party concerned was not afforded a "fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice". On the first branch of the test, Beetz J. stated at page 228:

Be that as it may, it seems clear to me that the ambit of s. 2(e) is broader than the list of rights enumerated in s. 1 which are designated as "human rights and fundamental freedoms" whereas in s. 2(e), what is protected by the right to a fair hearing is the determination of one's "rights and obligations", whatever they are and whenever the determination process is one which comes under the legislative authority of the Parliament of Canada. It is true that the first part of s. 2 refers to "the rights or freedoms herein recognized and declared", but s. 2(e) does protect a right which is fundamental, namely "the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice" for the determination of one's rights and obligations, fundamental or not. It is my view that, as was submitted by Mr. Coveney, it is possible to apply s. 2(e) without making reference to s. 1 and that the right guaranteed by s. 2(e) is in no way qualified by the "due process" concept mentioned in s. 1(a).

Applying that view of the matter to the instant case, I think that this Act imposes upon MacBain the obligation not to treat his employees in a discriminatory way. MacBain's position is that he has fulfilled that condition. The position of the Commission and the complainant Potapczyk is that he has not. Accordingly, it seems clear that the Tribunal appointed in this case was charged with determining MacBain's obligations under the Act. Therefore the first branch of the test as above stated has been met, in my view.

In so far as the second branch of the test is concerned, if my conclusions on reasonable apprehension of bias *supra*, are correct, it necessarily follows that MacBain was not afforded a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice. While actual bias was neither alleged or established in this case, the appearance of injustice also constitutes bias in law.⁴ The case at bar has some similarities to the case of *Re McGavin Toastmaster Ltd. et al. and Powlowski et al.* (1973), 37 D.L.R. (3d) 100, decided by the Manitoba Court of Appeal. Although the scheme of the Manitoba *Human Rights Act* [S.M. 1970,

⁴ Compare: *Re Latimer (W.D.) Co. Ltd. et al. and Bray et al.* (1974), 6 O.R. (2d) 129 (C.A.), at p. 137 per Dubin J.A.

doivent être définis par un tribunal fédéral; et, deuxièmement, que la partie en cause n'a pas eu droit à «une audition impartiale de sa cause selon les principes de justice fondamentale». Relativement au premier volet du critère, le juge Beetz a déclaré, à la page 228:

Quoi qu'il en soit, il me semble évident que l'al. 2e) a une portée plus large que la liste des droits énumérés à l'art. 1 et désignés comme «droits de l'homme et libertés fondamentales», tandis qu'à l'al. 2e), ce que protège le droit à une audition impartiale, c'est la définition des «droits et obligations» d'une personne quels qu'ils soient et dans tous les cas où le processus de définition relève de l'autorité législative du Parlement du Canada. Il est vrai que la première partie de l'art. 2 parle «des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes», mais l'al. 2e) protège un droit fondamental, savoir le «droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale», pour la définition des droits et des obligations d'une personne, qu'ils soient fondamentaux ou non. Je suis d'avis que comme l'a fait valoir M^e Coveney, il est possible d'appliquer l'al. 2e) sans se référer à l'art. 1 et que le droit garanti par l'al. 2e) n'est nullement limité par la notion «d'application régulière de la loi» mentionnée à l'al. 1a).

Appliquant maintenant cette façon de voir au présent cas, j'estime que la Loi impose à MacBain l'obligation de ne pas poser d'actes discriminatoires à l'endroit de ses employés. Pour sa part, MacBain affirme qu'il a respecté cette condition, alors que de leur côté, la Commission et la plaignante, Mlle Potapczyk, soutiennent le contraire. Par conséquent, il semble clair que le Tribunal qui fut constitué en l'espèce était chargé de définir les obligations de MacBain en vertu de la Loi. Le premier volet du critère, tel qu'il est formulé plus haut, a donc, selon moi, été respecté.

Pour ce qui est du second volet du critère, si mes conclusions précitées concernant la crainte raisonnable de partialité sont fondées, il s'ensuit nécessairement que MacBain n'a pas eu droit à une audition impartiale de sa cause selon les principes de justice fondamentale. Même si en l'espèce on n'a ni allégué ni établi être en présence d'un cas de partialité réelle, soulignons que l'apparence d'injustice constitue également, en droit, un cas de partialité⁴. Le présent cas offre certaines similitudes avec l'affaire *Re McGavin Toastmaster Ltd. et al. and Powlowski et al.* (1973), 37 D.L.R. (3d) 100 décidée par la Cour d'appel du Manitoba.

⁴ Voir *Re Latimer (W.D.) Co. Ltd. et al. and Bray et al.* (1974), 6 O.R. (2d) 129 (C.A.), à la page 137, par le juge d'appel Dubin.

c. 104] therein being considered is somewhat different, I find relevant a statement made by Hall J.A. for the majority at page 119 where he said:

The Commission and the statute under which it functions are concerned with human rights of both the complainant and the person complained against, and for that reason alone justice demanded consummate care on their part in the procedures to be followed in disposing of the complaints.

As in the *McGavin* case *supra*, we are also concerned here with human rights legislation which by its very nature demands "consummate care" in respect of the procedures to be followed. In this case, the scheme of the statute and the procedure prescribed therein for the appointment of Tribunals offends fundamental justice since the "consummate care" referred to by Hall J.A. which is reasonably to be expected when dealing with the human rights of individuals, cannot be taken under this procedure.

Before leaving the *Singh* case, I should observe that, in applying the Bill to an Act which post-dated the enactment of the Bill, Mr. Justice Beetz expressly rejected any suggestion that the Bill only applied to Acts which pre-dated it. At page 239 of the reasons he said:

... I do not see any reason not to apply the principle in the *Drybones* case to a provision enacted after the *Canadian Bill of Rights*. Section 5(2) provides:

(2) The expression "law of Canada" in Part I means an Act of the Parliament of Canada enacted before or after the coming into force of this Act, any order, rule or regulation thereunder, and any law in force in Canada or in any part of Canada at the commencement of this Act that is subject to be repealed, abolished or altered by the Parliament of Canada.

THE CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS

On the hearing of the appeal, the principal thrust of the argument by counsel for MacBain pertained to paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. It was his position that if the Court agreed with his submissions on paragraph 2(e), there would be no need to consider whether section 7 or paragraph 11(d) of the Charter have any application to this case. Nevertheless, in his submissions in chief and in his memorandum of fact

Même si le mécanisme prévu au *Human Rights Act* [S.M. 1970, chap. 104] du Manitoba, dont il était question dans cette affaire, est quelque peu différent, je trouve pertinent l'exposé suivant du juge d'appel Hall, au nom de la majorité, à la page 119:

[TRADUCTION] La Commission et sa loi habilitante protègent tout autant les droits du plaignant que ceux de la personne contre qui la plainte est portée, et ne serait-ce que pour ce motif, la justice exigeait de la Commission qu'elle exerce une vigilance consommée relativement à la procédure à suivre pour statuer sur les plaintes.

Tout comme dans l'arrêt *McGavin* précité, il est aussi question, en l'espèce, d'une législation sur les droits de la personne dont la nature même exige une «vigilance consommée» vis-à-vis la procédure à suivre. Dans le présent cas, l'économie de la loi et la procédure prescrite par cette dernière relativement à la constitution du Tribunal contreviennent à la justice fondamentale, car la procédure en question ne permet pas d'exercer cette «vigilance consommée» dont fait état le juge d'appel Hall et à laquelle on peut raisonnablement s'attendre lorsque les droits d'individus sont en jeu.

Avant de laisser l'arrêt *Singh*, je tiens à souligner qu'en appliquant la Déclaration à une loi qui lui était postérieure, le juge Beetz a expressément repoussé toute suggestion voulant que la Déclaration ne s'applique qu'aux lois qui la précédaient. À la page 236 de ses motifs, il a déclaré:

... je ne vois pas de motif de ne pas appliquer le principe énoncé dans l'arrêt *Drybones* à une disposition adoptée après la *Déclaration canadienne des droits*. Voici le par. 5(2):

(2) L'expression «loi du Canada», à la Partie I, désigne une loi du Parlement du Canada, édictée avant ou après la mise en vigueur de la présente loi, ou toute ordonnance, règle ou règlement établi sous son régime, et toute loi exécutoire au Canada ou dans une partie du Canada lors de l'entrée en application de la présente loi, qui est susceptible d'abrogation, d'abolition ou de modification par le Parlement du Canada.

LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

Lors de l'instruction du présent appel, l'argumentation de l'avocat de MacBain a porté principalement sur l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. Il a prétendu que si la Cour souscrivait à ses arguments sur l'alinéa 2e), il deviendrait inutile de se demander si l'article 7 ou le paragraphe 11d) de la Charte trouvent quelque application dans le présent cas. Il a néanmoins soumis, dans son argumentation principale et dans

and law he did make submissions with respect to section 7 and paragraph 11(d) of the Charter. However, during the course of the submissions being made to us by counsel for the Attorney General of Canada, counsel for MacBain advised us that he was not asking the Court to make a finding on the applicability of any section of the Charter. On this basis, the Court did not hear further argument from counsel for the respondents on this issue. Accordingly, I do not propose to deal with the applicability of the Charter in this case.

REMEDIES

Since I have concluded that the adjudicative structure of the *Canadian Human Rights Act* contains an inherent bias, thereby offending paragraph 2(e) of the Bill, it becomes necessary to consider the appropriate form of remedy in all the circumstances of these proceedings. Like its American counterpart, the *Canadian Bill of Rights* does not expressly address the issue of the consequences of failure to comply with its provisions. This circumstance is in marked contrast to the Charter which deals with this matter with clarity and unprecedented scope. I refer to subsection 52(1) of the Charter which provides that any law inconsistent with the provisions of the Charter "is, to the extent of the inconsistency, of no force and effect." Likewise, reference should be made to subsection 24(1) of the Charter which empowers "a court of competent jurisdiction" to grant such remedy as it considers "appropriate and just in the circumstances." However, the Bill's silence in this regard does not, in my view, imply unenforceability for it is trite law that there can be no right without a remedy. Furthermore, the relevant jurisprudence supports that view of the matter. In *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282, at page 294, Ritchie J. writing for the majority of the Supreme Court of Canada quoted the opening words of section 2 of the Bill which read:

Every law of Canada shall, *unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate ... (The foregoing italics are those of Ritchie J.)

Thereafter, Mr. Justice Ritchie went on to state:

son exposé de faits et de droit, certains arguments concernant ces dispositions de la Charte. Toutefois, pendant que l'avocat du procureur général du Canada nous soumettait son argumentation, l'avocat de MacBain nous a informés qu'il ne demandait pas à la Cour de se prononcer sur l'applicabilité de quelque article de la Charte. En conséquence, la Cour n'a pas entendu d'autres arguments sur cette question de la part des avocats des intimés. Je n'ai donc pas l'intention d'examiner, en l'espèce, la question de l'applicabilité de la Charte.

REDRESSEMENTS

Ayant conclu que le mécanisme de décision prévu à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est intrinsèquement partial, violant par là l'alinéa 2e) de la Déclaration, je dois donc m'interroger sur le redressement approprié eu égard à toutes les circonstances des présentes procédures. La *Déclaration canadienne des droits*, tout comme son équivalent aux États-Unis, ne traite pas expressément des conséquences découlant de la violation de ses dispositions. Sur ce point, il y a un contraste frappant avec la Charte qui, elle, aborde cette question avec clarté et lui accorde une importance sans précédent. Je fais ici référence au paragraphe 52(1) de la Charte qui prévoit que sont «inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.» De même, il faut également mentionner le paragraphe 24(1) de la Charte qui confère à «un tribunal compétent» le pouvoir d'accorder la réparation qu'il estime «convenable et juste eu égard aux circonstances.» Toutefois, le mutisme de la Déclaration à cet égard n'implique pas, selon moi, qu'il soit impossible d'en assurer l'application, car il est constant qu'il ne peut y avoir de droit sans redressement. De plus, la jurisprudence pertinente appuie cette façon de voir la question. Dans *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, à la page 294, le juge Ritchie, s'exprimant alors pour la majorité de la Cour suprême du Canada, a cité les premiers mots de l'article 2 de la Déclaration qui sont ainsi rédigés:

Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du *Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer ... (Les soulignés sont du juge Ritchie.)

Ensuite, le juge Ritchie a poursuivi en déclarant:

It seems to me that a more realistic meaning must be given to the words in question and they afford, in my view, the clearest indication that s. 2 is intended to mean and does mean that if a law of Canada cannot be "sensibly construed and applied" so that it does not abrogate, abridge or infringe one of the rights and freedoms recognized and declared by the Bill, then such law is inoperative "unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*".

I think a declaration by the courts that a section or portion of a section of a statute is inoperative is to be distinguished from the repeal of such a section and is to be confined to the particular circumstances of the case in which the declaration is made. The situation appears to me to be somewhat analogous to a case where valid provincial legislation in an otherwise unoccupied field ceases to be operative by reason of conflicting federal legislation.

While the Supreme Court of Canada did not, to my knowledge, after *Drybones supra*, declare any other laws inoperative pursuant to the Bill until the *Singh* case *supra*, the Court nevertheless consistently affirmed the principle of *Drybones* in so far as the remedy for failure to comply with the provisions of the Bill is concerned.⁵ The following quotation from the decision of Laskin J. [as he then was] in *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889, at page 899, is yet another example of the perspective of the Supreme Court of Canada on the effect of non-compliance with the Bill:

... compelling reasons ought to be advanced to justify the Court in this case to employ a statutory (as contrasted with a constitutional) jurisdiction to deny operative effect to a substantive measure duly enacted by a Parliament constitutionally competent to do so. ... (Emphasis added.)

In addition to the *Singh* case *supra*, there is at least one other recent decision in Canadian courts rendering inoperative federal legislation which abrogated rights protected by the Bill. I refer to the Manitoba Court of Appeal decision in *R. v. Hayden* (1983), 3 D.L.R. (4th) 361, where Hall J.A. speaking for the Court, found a section of the *Indian Act* [R.S.C. 1970, c. I-6] concerning intoxication on a reserve to be inoperative because it offended paragraph 1(b) of the Bill. In the *Singh* case the relief proposed by Beetz J. was stated at pages 239 to 240 as follows:

⁵ See for example: *Hogan v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 574; *Attorney General of Canada et al. v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170; *R. v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693; *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349.

Il me semble qu'il faut donner à ces mots un sens plus réaliste; à mon avis, ils indiquent très clairement que l'art. 2 veut dire, et signifie effectivement que, si une loi du Canada ne peut être «raisonnablement interprétée et appliquée» sans supprimer, restreindre ou enfreindre un des droits ou libertés reconnus et proclamés dans la *Déclaration*, une telle loi est inopérante «à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*».

Je crois qu'il y a une distinction à faire entre une déclaration des tribunaux à l'effet qu'un article ou une partie d'un article d'une loi est inopérant et l'abrogation d'un tel article et qu'il faut restreindre la déclaration aux circonstances de l'affaire où elle est faite. La situation me paraît analogue à celle d'une loi provinciale valide dans un champ autrement inoccupé qui devient inopérante par suite d'une loi fédérale en conflit.

Même si, postérieurement à l'arrêt *Drybones* précité, la Cour suprême du Canada n'a, à ma connaissance, déclaré aucune autre loi inopérante en vertu de la *Déclaration* jusqu'à sa décision dans l'affaire *Singh* précitée, elle n'en a pas moins réaffirmé à maintes reprises le principe énoncé dans *Drybones* pour ce qui est du redressement prévu en cas de violation des dispositions de la *Déclaration*⁵. L'extrait suivant tiré de la décision du juge Laskin [tel était alors son titre] dans *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889, à la page 899, n'est qu'une autre illustration du point de vue de la Cour suprême du Canada sur les conséquences du non-respect de la *Déclaration*:

... il faudrait avancer des raisons convaincantes pour que la Cour soit fondée à exercer en l'espèce une compétence conférée par la loi (par opposition à une compétence conférée par la constitution) pour enlever tout effet à une disposition de fond dûment adoptée par un Parlement compétent à cet égard ... (C'est moi qui souligne.)

Outre l'affaire *Singh* précitée, il existe au moins une autre décision récente des tribunaux canadiens ayant rendu inopérant un texte de loi fédéral qui supprimait des droits protégés par la *Déclaration*. Je fais référence ici à la décision de la Cour d'appel du Manitoba dans *R. v. Hayden* (1983), 3 D.L.R. (4th) 361, où le juge d'appel Hall, parlant alors au nom de la Cour, a conclu qu'un article de la *Loi sur les Indiens* [S.R.C. 1970, chap. I-6] concernant l'état d'ébriété sur une réserve était inopérant parce qu'il enfreignait l'alinéa 1b) de la *Déclaration*. Voici en quels termes était formulé le

⁵ Voir par exemple: *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574; *Procureur général du Canada et autre c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170; *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693; *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349.

For the purposes of these seven cases, I would declare inoperative all of the words of s. 71(1) of the *Immigration Act, 1976*, following the words:

“Where . . . [application]”. (Emphasis added.)

It is to be noted that notwithstanding the above statement by Mr. Justice Beetz, the word “inoperative” did not appear in the judgment as distinct from the reasons for judgment pronounced by the Supreme Court of Canada. This matter will be discussed later herein.

As stated by Ritchie J. in *Drybones supra*, another characteristic of the relief to be granted under the Bill is that there must be a degree of particularity introduced into a finding that statutory provisions are inoperative. In the second revised edition of Tarnopolsky's *The Canadian Bill of Rights*, (1975), section 2 and the *Drybones* case are referred to as follows (pages 140 and 141):

It would seem, then, that by the opening paragraph of s. 2 Parliament intended what the majority of the Supreme Court said it intended, and that is that courts are to declare “inoperative” any laws which contravene the *Canadian Bill of Rights*.

The specific choice of the term “inoperative” as an alternative, to “void”, or “invalid”, must have been intended to restrict the effect of these decisions to the particular fact circumstances.

This view of the matter was adhered to by Mr. Justice Beetz in *Singh*, because his declaration was specifically restricted to the “seven cases at bar where Convention refugee claims have been adjudicated upon on the merits without the holding of an oral hearing at any stage.” (Reasons of Beetz J. at page 237).

The strictures of the remedies for violations of the Bill as outlined *supra*, require comparison with the emerging trends respecting remedies under the Charter. In *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at page 170, the Supreme Court of Canada held that certain subsections of the *Combines Investigation Act* [R.S.C. 1970, c. C-23] were inconsistent with the provisions of section 8 of the Charter and “therefore of no force and effect.” In *Singh supra*, Madam Justice Wilson, in considering the application of the

redressement proposé par le juge Beetz, dans l'arrêt *Singh*, aux pages 239 et 240:

Pour les sept causes en l'espèce, je suis d'avis de déclarer inopérants tous les mots du par. 71(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, qui suivent les mots:

«La Commission, . . . sans délai». (C'est moi qui souligne.)

Il importe de souligner qu'en dépit de la remarque susmentionnée du juge Beetz, le mot «inopérant» qui apparaît dans les motifs de jugement prononcés par la Cour suprême du Canada ne se retrouve pas dans son jugement. Ce point sera examiné plus loin aux présentes.

Comme l'a dit le juge Ritchie dans l'affaire *Drybones* précitée, une autre caractéristique du redressement accordé en vertu de la Déclaration est qu'il faut particulariser, dans une certaine mesure, une conclusion décrétant que des dispositions législatives sont inopérantes. Tarnopolsky écrit ce qui suit au sujet de l'article 2 et de l'affaire *Drybones* dans la deuxième édition revue et corrigée de son ouvrage *The Canadian Bill of Rights* (1975) (aux pages 140 et 141):

[TRADUCTION] Il semble donc que le Parlement avait, en adoptant le premier paragraphe de l'article 2, l'intention que lui prête la majorité de la Cour suprême, savoir que les tribunaux doivent déclarer «inopérante» toute loi qui contrevient à la *Déclaration canadienne des droits*.

Ce doit être dans le but de limiter l'effet de sa décision aux circonstances particulières de l'affaire que l'on a précisément choisis le terme «inopérante» au lieu des mots «nulle» ou «invalidé».

Le juge Beetz a souscrit à ce point de vue dans l'affaire *Singh* car sa déclaration se limitait précisément aux «sept causes en l'espèce où la demande de statut de réfugié au sens de la Convention a été décidée au fond sans audition quelle qu'elle soit.» (Motifs du juge Beetz, à la page 237).

Les restrictions énoncées plus haut en ce qui a trait aux redressements accordés en cas de violation de la Déclaration doivent être comparées aux tendances qui émergent relativement aux redressements accordés en vertu de la Charte. Dans l'affaire *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la page 170, la Cour suprême du Canada a conclu que certains paragraphes de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* [S.R.C. 1970, chap. C-23] étaient incompatibles avec les dispositions de l'article 8 de la Charte et

Charter found that subsection 52(1) thereof required "a declaration that s. 71(1) of the *Immigration Act, 1976* is of no force and effect to the extent it is inconsistent with s. 7." (Reasons, page 221). Additionally and pursuant to the broader provisions of section 24 of the Charter, she ordered that the decision of this Court and the Immigration Appeal Board be set aside and remanded all seven cases "for a hearing on the merits by the Board in accordance with the principles of fundamental justice articulated above." (Reasons page 222).

It is interesting in the light of the above discussion to consider the formal pronouncement of the Supreme Court of Canada in the *Singh* case *supra*. After allowing the appeals, setting aside the decisions of the Court and the Immigration Appeal Board, and remanding the refugee claims to the Board for a hearing on the merits in accordance with the principles of natural justice, the Court further ordered, *inter alia* [at page 184]:

The appellants are entitled to a declaration that s. 71(1) of the *Immigration Act, 1976* in its present form has no application to them. (Emphasis added.)

It would be presumptuous of me to attempt to explain or to account for the differences in the terms used ("inoperative"; "of no force and effect"; and "has no application") and, in any event, quite unnecessary in the view I take of the matter. Since it has been consistently stated, as observed *supra*, that non-compliance with the Bill requires a declaration that the impugned provisions in legislation are inoperative, I propose to follow that approach in prescribing the appropriate remedy in the case at bar.

THE APPROPRIATE REMEDY IN THE INSTANT CASE

In my view, the appropriate remedy here is a declaration in favour of MacBain that the provisions of subsections (1) and (5) of section 39 of the Act are inoperative in so far as the complaint filed against him by the complainant Kristina Potapczyk is concerned. In his action for declaratory relief, MacBain also asked for a declaration

«par conséquent, inopérants.» Dans l'arrêt *Singh*, Madame le juge Wilson, examinant alors l'application de la Charte, a jugé que le paragraphe 52(1) exigeait «une déclaration que le par. 71(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976* est inopérant dans la mesure où il est incompatible avec l'art. 7.» (Page 221 des motifs). De plus, conformément aux dispositions plus générales de l'article 24 de la Charte, elle a ordonné l'annulation des décisions de cette Cour et de la Commission d'appel de l'immigration et le renvoi des sept affaires devant cette dernière «pour qu'elle procède à une audition sur le fond conformément aux principes de justice fondamentale énoncés précédemment.» (Page 222 des motifs).

Il n'est pas sans intérêt, à la lumière de l'analyse qui précède, d'examiner le jugement formel de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Singh* précité. Après avoir accueilli les pourvois, infirmé les décisions de la Cour et de la Commission d'appel de l'immigration et renvoyé les revendications du statut de réfugié à la Commission pour qu'elle procède à une audition sur le fond conformément aux principes de justice fondamentale, la Cour a de plus déclaré, entre autres [à la page 184], que:

Les appelants ont droit à un jugement déclaratoire portant que le par. 71(1) de la *Loi sur l'Immigration de 1976*, sous sa forme actuelle, ne s'applique pas à eux. (C'est moi qui souligne.)

Il serait présomptueux de ma part de tenter d'expliquer ou de justifier l'utilisation de ces différentes expressions («inoperative»; «of no force and effect»; et «has no application»). Quoi qu'il en soit, un tel exercice serait bien inutile étant donné mon opinion sur la question. Puisqu'on a régulièrement réaffirmé, comme je l'ai souligné plus tôt, que le défaut de se conformer à la Déclaration doit donner lieu à un jugement déclaratoire portant que les dispositions législatives contestées sont inopérantes, je me propose de suivre cette approche dans le choix du redressement approprié en l'espèce.

LE REDRESSEMENT APPROPRIÉ EN L'ESPÈCE

J'estime que le redressement approprié en l'espèce est un jugement déclaratoire en faveur de MacBain portant que les paragraphes (1) et (5) de l'article 39 de la Loi sont inopérants en ce qui concerne la plainte que Kristina Potapczyk a déposée contre lui. Dans son action en jugement déclaratoire, MacBain a également demandé une déclara-

that all of Part III of the Act is inoperative. Part III contains sections 31 to 48 inclusive. I am not persuaded that it is necessary or proper to frame this declaration so broadly, having regard to the view expressed by Beetz J. in *Singh, supra*, at pages 235 and 236 that:

There is probably more than one way to remedy the constitutional shortcomings of the *Immigration Act, 1976*. But it is not the function of this Court to re-write the Act. Nor is it within its power. If the Constitution requires it, this and other courts can do some relatively crude surgery on deficient legislative provisions, but not plastic or re-constructive surgery.

For the reasons given *supra*, my conclusion is that the offensive portion of the statutory scheme on these facts is the appointment of the Tribunal by the Commission since the Commission is also the prosecutor. This undesirable situation is exacerbated by the additional circumstance in this case that the Commission made the appointment of the Tribunal after it had concluded, pursuant to subsection 36(3), that the complaint in issue had been substantiated. As noted earlier, the Commission's original finding that Potapczyk's complaint against MacBain was substantiated is not properly in question in these proceedings and therefore remains unimpeached. A declaration that subsections (1) and (5) of section 39 are inoperative in so far as the complaint at bar is concerned will, in my view, remedy the constitutional shortcomings of the statute in the circumstances of this case.

It was submitted by counsel for the complainant that a finding of breach of the provisions of paragraph 2(e) of the Bill may result in the complainant being deprived of any remedy whatsoever, thereby jeopardizing her right to have the complaint adjudicated upon. The remedy which I propose does not produce such a result. It leaves the complainant with a finding of "substantiation" by the Commission pursuant to subsection 36(3) of the Act. The matter of remedying the shortcomings in subsections (1) and (5) of section 39 are matters which should be addressed to Parliament. In fashioning this remedy, I have attempted to restrict the necessary "surgery" to a bare minimum, bearing in mind that it is the function of Parliament, and not the Courts to legislate (except

ration portant que toute la Partie III de la Loi est inopérante. Cette Partie renferme les articles 31 à 48 inclusivement. Je ne suis pas convaincu qu'il soit nécessaire ou approprié de donner une telle ampleur au jugement déclaratoire en question, compte tenu de l'opinion exprimée par le juge Beetz dans l'arrêt *Singh*, aux pages 235 et 236:

Il y a probablement plus d'un moyen de corriger les lacunes constitutionnelles de la *Loi sur l'Immigration de 1976*. Il n'entre pas dans les attributions de cette Cour de rédiger la Loi. Ce n'est pas non plus de son pouvoir. Si la Constitution l'exige, cette Cour et d'autres cours peuvent procéder à des opérations drastiques sur les dispositions législatives défectueuses, mais non à des opérations d'embellissement ou de reconstruction . . .

Pour les motifs énoncés plus haut, je conclus à la lumière des faits de l'espèce que la partie préjudiciable du mécanisme de traitement des plaintes prévu par la loi est la constitution du Tribunal par la Commission puisque cette dernière est aussi la partie plaignante. Cette situation regrettable est aggravée par le fait qu'en l'espèce la Commission a procédé à la constitution du Tribunal après avoir conclu, aux termes du paragraphe 36(3), que la plainte en question était fondée. Comme il est souligné plus haut, la conclusion originale de la Commission selon laquelle la plainte déposée par Potapczyk contre MacBain était fondée n'est pas à proprement parler mise en doute dans les présentes procédures, et par conséquent demeure inchangée. J'estime qu'une déclaration selon laquelle les paragraphes (1) et (5) de l'article 39 sont inopérants en ce qui concerne la plainte en cause suffira à remédier aux lacunes constitutionnelles de la loi dans les circonstances de l'espèce.

L'avocat de la plaignante a soutenu que si l'on concluait à la violation des dispositions du paragraphe 2e) de la Déclaration, la plaignante pourrait se trouver privée de tout recours, ce qui mettrait en péril son droit de voir sa plainte jugée. Le redressement que je propose ne produit pas un tel résultat. La décision de la Commission selon laquelle, aux termes du paragraphe 36(3) de la Loi, la plainte était fondée, reste inchangée. Le remède à apporter aux lacunes des paragraphes (1) et (5) de l'article 39 est une question qui ressortit au Parlement. En élaborant ce redressement, je me suis bien efforcé de limiter les «opérations» nécessaires au strict minimum, étant donné qu'il appartient au Parlement et non aux tribunaux de légiférer (sauf lorsqu'il y a violation d'un instru-

in a case such as this where the provisions of a quasi-constitutional instrument are infringed). On the other side of the ledger, MacBain might complain that while the effect of this decision is to nullify the order made against him by the Tribunal, he is left, nevertheless, with a finding by the Commission that the complaint against him has been substantiated. In answer to such a possible complaint, I would repeat that a section 28 application could have been made attacking that finding by the Commission but no such proceedings were instituted. Furthermore, I think it unnecessary to declare subsection (3) of section 36 inoperative in order to impeach that portion of the scheme which offends paragraph 2(e) of the Bill on these facts.

Likewise, I am cognizant of the fact that this decision may possibly have some effect on other complaints before the Commission where Tribunals have been appointed or are about to be appointed under the present scheme. This consideration fortifies my view that declarations under the Bill should be strictly confined to those portions of otherwise valid legislation which must necessarily be declared inoperative in order to dispose of the issues in a particular case.

THE DOCTRINE OF NECESSITY

As a final matter, I think it necessary to consider whether or not the doctrine of necessity applies so as to prevent the application of the Bill to the situation in this case. This principle is succinctly stated in the memorandum filed by counsel for the complainant as follows (Memorandum of Respondent Kristina Potapczyk, paragraph 35, pages 7 and 8):

... where every eligible member of the tribunal is subject to the same disqualification for bias (that is, the very act of selection), the law must be carried out notwithstanding that potential disqualification. If the Appellant's position were accepted, there would be no person on the panel of prospective tribunal members who could escape disqualification for reasonable apprehension of bias.

In support of this submission the decision of this Court in the case of *Caccamo v. Minister of Manpower and Immigration*, [1978] 1 F.C. 366; (1977), 75 D.L.R. (3d) 720, at pages 725 and 726, is cited. The *Caccamo* case was decided on two grounds; firstly, on the doctrine of necessity, and

ment quasi constitutionnel, comme c'est le cas en l'espèce). D'autre part, MacBain se plaindra peut-être que même si cette décision a pour effet d'annuler l'ordonnance que le Tribunal a prononcée contre lui, il n'en reste pas moins que subsiste toujours la décision de la Commission concluant que la plainte dont il fait l'objet est fondée. À cela, je répondrais qu'il aurait pu attaquer cette conclusion de la Commission par voie de demande fondée sur l'article 28, mais il n'en a rien fait. De plus, j'estime inutile de déclarer inopérant le paragraphe (3) de l'article 36 dans le but d'attaquer la partie du mécanisme prévu par la Loi qui est contraire à l'alinéa 2e) de la Déclaration en ce qui concerne les faits en cause.

Je suis également conscient du fait que cette décision pourra avoir un certain effet sur d'autres plaintes déposées devant la Commission dans le cadre desquelles cette dernière a constitué ou s'apprête à constituer des tribunaux sous le régime actuel de la Loi. Cette considération me convainc davantage que les jugements déclaratoires prononcés en vertu de la Déclaration devraient se limiter strictement aux parties de textes législatifs par ailleurs valides qui doivent nécessairement être déclarées inopérantes afin de régler les points litigieux dans un cas particulier.

LE PRINCIPE DE L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ

Pour terminer, j'estime nécessaire de rechercher si le principe de l'état de nécessité s'applique ou non de façon à rendre la Déclaration inapplicable à la situation en cause. L'exposé déposé par l'avocat de la plaignante fait état succinctement de ce principe dans les termes suivants (Exposé de l'intimée Kristina Potapczyk, paragraphe 35, aux pages 7 et 8):

[TRADUCTION] ... même si chacune des personnes admissibles à faire partie du tribunal est susceptible d'être récusée pour partialité (on vise ici la sélection elle-même), la loi doit s'appliquer nonobstant cette récusation possible. Si l'on admet la position de l'appelant, il ne se trouverait personne sur la liste des membres éventuels du tribunal pour échapper à la récusation fondée sur la crainte raisonnable de partialité.

À l'appui de cette thèse, on a cité la décision de cette Cour dans l'affaire *Caccamo c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1978] 1 C.F. 366; (1977), 75 D.L.R. (3d) 720 aux pages 725 et 726. L'arrêt *Caccamo* repose sur deux motifs: premièrement, sur le principe de l'état de

secondly, on the basis that a reasonable apprehension of bias did not exist on the facts of that case. Earlier in these reasons, I distinguished *Caccamo* from the present case on the issue of reasonable apprehension of bias. I now propose to discuss that case from the perspective of the doctrine of necessity. My initial comment is to the effect that I have considerable doubt that the *Caccamo* case is persuasive or determinative in light of the decision in *Singh supra*. I so conclude because of the characterization of the Bill as a quasi-constitutional instrument by Mr. Justice Beetz in his reasons in *Singh* at page 224, quoted *supra* and because of his further view expressed at page 239 of his reasons in *Singh* that the *Drybones* principle is still valid. In *Drybones* the majority of the Court held that the opening words of section 2 of the Bill afford the clearest indication that the section is intended to mean and does mean that if a law of Canada cannot be "sensibly construed and applied" so that it does not abrogate, abridge or infringe one of the rights and freedoms recognized and declared by the Bill, then such law is inoperative "unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*".⁶

Given this clear and unambiguous statement as to the paramountcy of rights conferred by the Bill, I doubt the applicability of the *Caccamo* case in view of the evolution of our jurisprudence since that case was decided.

In any event, the Supreme Court of Canada has recently considered the question of necessity in *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; 59 N.R. 321. Section 23 of *The Manitoba Act, 1870* [33 Vict., c. 3 (Can.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 8], as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 2*] provided that Acts of the Legislature were to be printed and published in both English and French. After Manitoba entered Confederation the statutes of Manitoba were not printed or published in French. In 1890, the Official

⁶ This summary of the ratio in *Drybones* is taken from the headnote of the report. The full text is to be found in the reasons of Ritchie J. at page 294 which have been reproduced earlier in these reasons.

nécessité, et deuxièmement, sur le fondement selon lequel les faits en cause ne justifiaient pas une crainte raisonnable de partialité. Plus haut dans les présents motifs, j'ai établi une distinction entre l'affaire *Caccamo* et l'espèce relativement à la question de la crainte raisonnable de partialité. Je me propose maintenant de discuter de l'affaire précitée en fonction du principe de l'état de nécessité. Tout d'abord, je doute sérieusement que l'arrêt *Caccamo* ait une force persuasive et déterminante, étant donné l'arrêt *Singh* précité. J'en arrive à cette conclusion parce que le juge Beetz a qualifié la Déclaration d'instrument quasi constitutionnel à la page 224 de l'arrêt *Singh*, cité plus haut, et parce qu'il dit en outre à la page 239 du même arrêt que le principe appliqué dans l'arrêt *Drybones* est toujours valide. Dans l'arrêt *Drybones*, la majorité des juges de la Cour a statué que les mots au début de l'article 2 de la Déclaration indiquent très clairement que l'article veut dire, et signifie effectivement que, si une loi du Canada ne peut être «raisonnablement interprétée et appliquée» sans supprimer, restreindre ou enfreindre un des droits ou libertés reconnus et proclamés dans la Déclaration, une telle loi est inopérante «à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*»⁶.

Étant donné cet exposé clair et dépourvu de toute ambiguïté sur la primauté des droits conférés par la Déclaration, je doute de l'applicabilité de l'arrêt *Caccamo* en raison de l'évolution de notre jurisprudence depuis que cet arrêt a été rendu.

Quoi qu'il en soit, la Cour suprême du Canada a récemment étudié la question du principe de l'état de nécessité dans l'arrêt *Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; 59 N.R. 321. L'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* [33 Vict., chap. 3 (Can.) [S.R.C. 1970, Appendice II, No. 8], mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 2] prévoit que les actes de la législature seront imprimés et publiés en anglais et en français. Après l'entrée du Manitoba dans la Confédération, les lois de cette pro-

⁶ Ce résumé du fondement de l'arrêt *Drybones* est tiré du sommaire du recueil. Le texte intégral se trouve à la page 294 des motifs du juge Ritchie, qui ont été reproduits plus haut.

Language Act [*An Act to Provide that the English Language shall be the Official Language of the Province of Manitoba*, S.M. 1890, c. 14] was enacted by the Manitoba Legislature. It made English the official language of Manitoba and provided that Manitoba statutes need only be printed and published in English. In 1979 that statute was declared unconstitutional by the Supreme Court of Canada. The Manitoba Legislature then passed *An Act respecting the operation of section 23 of the Manitoba Act In Regard to Statutes* [S.M. 1980, c. 3 (S207)]. That Act was an attempt to circumvent the effect of the 1979 ruling of the Supreme Court of Canada. It left English as the dominant language. The question of whether section 23 of the *Manitoba Act, 1870* was mandatory and, if so, the effect on the validity of the statutes of Manitoba, was referred to the Supreme Court of Canada. The Court held that said section 23 was mandatory and that all of the statutes of Manitoba since Manitoba entered Confederation, which were not enacted, printed and published in both English and French were invalid. To avoid the resulting disastrous legal vacuum in that Province the Court deemed the statutes temporarily valid for the minimum period of time necessary for their translation, re-enactment, printing and publication. To achieve this result, the Court invoked the "State Necessity Doctrine". After reviewing a number of analogous situations in different countries, the Court, at page 763 S.C.R.; 368 N.R., stated the doctrine in the context of the Manitoba language situation as follows:

... a Court may temporarily treat as valid and effective laws which are constitutionally flawed in order to preserve the rule of law ... under conditions of emergency, when it is impossible to comply with the Constitution, the Court may allow the government a temporary reprieve from such compliance in order to preserve society and maintain, as nearly as possible, normal conditions. The overriding concern is the protection of the rule of law.

Addressing the question as to whether the decision in *Re Manitoba Language Rights* has any application to the situation in the case at bar, I

vince n'ont pas été imprimées ni publiées en français. En 1890, la législature du Manitoba adoptait l'Official Language Act [*An Act to Provide that the English Language shall be the Official Language of the Province of Manitoba*, S.M. 1890, chap. 14], sous le régime duquel l'anglais était la langue officielle du Manitoba et les lois de cette province n'avaient à être imprimées et publiées qu'en anglais. En 1979, cette loi a été déclarée inconstitutionnelle par la Cour suprême du Canada. La législature du Manitoba a alors adopté la *Loi sur l'application de l'article 23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs* [S.M. 1980, chap. 3 (S207)]. On tentait par cette Loi de contourner les effets de la décision rendue par la Cour suprême du Canada en 1979. L'anglais demeurait la langue dominante. On a demandé à la Cour suprême du Canada de se prononcer sur le caractère impératif de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, et sur l'effet de cet article sur la validité des lois du Manitoba, dans l'éventualité ou le caractère impératif de l'article en question serait reconnu. La Cour suprême a statué que l'article 23 était impératif et que toutes les lois du Manitoba depuis l'entrée de cette province dans la Confédération, qui n'avaient pas été adoptées, imprimées et publiées en anglais et en français étaient invalides. Pour éviter à cette province un désastreux vide juridique, la Cour a décidé que les lois en question seraient réputées temporairement valides pendant le délai minimum requis pour qu'elles soient traduites puis adoptées de nouveau, et enfin imprimées et publiées. Pour atteindre ce résultat, la Cour a invoqué le «principe de l'état de nécessité». Après avoir étudié un certain nombre de situations analogues qui s'étaient présentées dans différents pays, la Cour, à la page 763 R.C.S.; 368 N.R., a énoncé ce principe comme suit dans le contexte de la situation linguistique au Manitoba:

... une cour peut temporairement considérer comme valides et opérantes des lois entachées d'un vice d'ordre constitutionnel afin de préserver la primauté du droit ... en situation d'urgence, lorsqu'il est impossible d'observer la Constitution, la Cour peut permettre au gouvernement de surseoir temporairement à cette observance afin de protéger la société et de maintenir, autant que possible, une situation normale. Le souci primordial est de protéger la primauté du droit.

Pour ce qui est de savoir si la décision *Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba* est applicable à l'espèce, je tiens à souligner que la situation en

would observe that the situation here is dramatically different from that in the Manitoba case. As stated by the Court at pages 766-767 S.C.R.; 372 N.R. of that case:

... the Province of Manitoba is in a state of emergency: all of the Acts of the Legislature of Manitoba, purportedly repealed, spent and current (with the exception of those recent laws which have been enacted, printed and published in both languages), are and always have been invalid and of no force or effect, and the Legislature is unable to immediately re-enact these unilingual laws in both languages.

In the case at bar, there will be simply a declaration that a portion of the scheme of this particular Act is inoperative in so far as its application to this appellant/applicant is concerned. This is a far cry from the "legal chaos" referred to by the Supreme Court of Canada in the Manitoba case. The proposed declaration at bar will effect only a portion of one statute. It will affect only the appellant/applicant in this case and possibly several other cases where the fact situation is identical to this case. It will not, in my view, affect the validity of the decisions already made by Tribunals appointed under the present scheme. I say this because of the comments at pages 767-768 S.C.R.; 373 N.R. in *Re Manitoba Language Rights* where it was said:

Rights, obligations and any other effects which have arisen under purportedly repealed or spent laws by virtue of reliance on acts of public officials, or on the assumed legal validity of public or private bodies corporate are enforceable and forever beyond challenge under the *de facto* doctrine. The same is true of those rights, obligations and other effects which have arisen under purportedly repealed or spent laws and are saved by doctrines such as *res judicata* and mistake of law.

For these reasons I conclude that the doctrine of necessity as employed in the *Caccamo* case cannot be applied to the factual situation here so as to deprive this appellant/applicant of the relief to which he is otherwise entitled under the Bill of Rights.

CONCLUSION

For all of the foregoing reasons, I conclude that the three proceedings in issue should be disposed of as follows:

(a) File A-703-84 - Since the subject-matter of this proceeding has become academic, the appeal

cause est remarquablement différente de celle qui se présentait au Manitoba. Comme l'a fait remarquer la Cour aux pages 766 et 767 R.C.S.; 372 N.R. de l'arrêt précité:

a ... la province du Manitoba se trouve dans une situation d'urgence: toutes les lois de la législature du Manitoba, apparemment abrogées, périmées ou actuelles (à l'exception des lois récentes qui ont été adoptées, imprimées et publiées dans les deux langues), sont et ont toujours été invalides et inopérantes, et la Législature est dans l'impossibilité d'adopter de nouveau immédiatement dans les deux langues ces lois unilingues.

En l'espèce, il y aura simplement une déclaration portant qu'une partie des dispositions de la Loi concernée est inopérante dans la mesure où elle s'applique à l'appellant/requérant. L'espèce ne rappelle en rien le «chaos juridique» dont a parlé la Cour suprême du Canada dans l'affaire du Manitoba. Le jugement déclaratoire en l'espèce ne touchera qu'une partie d'une loi. Il s'adresse uniquement à l'appellant/requérant dans la présente affaire et, il est possible, à des parties dans d'autres affaires dont les faits sont identiques à ceux de l'espèce. À mon avis, ce jugement déclaratoire ne nuira pas à la validité des décisions déjà rendues par les tribunaux constitués sous le régime actuel. Je dis cela étant donné les commentaires aux pages 767 et 768 R.C.S.; 373 N.R. du *Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba*, que voici:

f Les droits, obligations et autres effets qui ont découlé de lois apparemment abrogées ou périmées, du fait que l'on se soit fié aux actes d'officiers publics ou à la validité juridique présumée de corps publics ou privés, sont exécutoires et à tout jamais incontestables par application du principe de la validité *de facto*. C'est également le cas des droits, obligations et autres effets qui ont découlé de lois apparemment abrogées ou périmées et qui sont sauvés par l'application de principes comme ceux de la chose jugée et de l'erreur de droit.

Pour les motifs énoncés plus haut, je conclus que le principe de l'état de nécessité, tel qu'il a été appliqué dans l'affaire *Caccamo*, ne peut s'appliquer aux faits de l'espèce de façon à priver l'appellant/requérant du redressement qui s'ouvre par ailleurs à lui en vertu de la Déclaration des droits.

CONCLUSION

Pour tous les motifs énoncés plus haut, je conclus qu'il conviendrait de disposer comme suit des trois actions en cause:

a) Dossier A-703-84 - Puisque l'objet de cette action est devenu théorique, l'appel devrait être

should be dismissed. I would make no order as to costs in this appeal.

(b) File A-996-84 - I would allow the section 28 application and set aside the decision made by the respondents Lederman, Robson and Cumming, acting as a Human Rights Tribunal appointed under section 39 of the Act.

(c) File A-704-84 - I would allow the appeal with costs both here and in the Trial Division and make a declaration that the provisions of subsections (1) and (5) of section 39 of the *Canadian Human Rights Act* are inoperative in so far as the complaint filed against the appellant/applicant Alistair MacBain by the respondent Kristina Potapczyk is concerned.

MAHONEY J.: I agree.

STONE J.: I agree.

rejeté. Je n'adjugerais aucun dépens dans cet appel.

b) Dossier A-996-84 - J'accueillerais la demande fondée sur l'article 28 et j'annulerais la décision rendue par les intimés Lederman, Robson et Cumming, en leur qualité de membres du Tribunal des droits de la personne constitué en vertu de l'article 39 de la Loi.

c) Dossier A-704-84 - J'accueillerais l'appel avec dépens aussi bien en appel que devant la Division de première instance, et je rendrais un jugement déclaratoire portant que les paragraphes (1) et (5) de l'article 39 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sont inopérants en ce qui concerne la plainte déposée contre l'appellant/requérant Alistair MacBain par l'intimée Kristina Potapczyk.

LE JUGE MAHONEY: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE STONE: Je souscris à ces motifs.