

A-1002-88

A-1002-88

Her Majesty the Queen and Canada Employment and Immigration Commission (Appellants) (Defendants)

v.

Shalom Schachter (Respondent) (Plaintiff)

and

Women's Legal Education Action Fund (Respondent) (Intervenor)

INDEXED AS: SCHACHTER v. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Mahoney and Stone J.J.A.—Toronto, November 27, 28 and 29, 1989; Ottawa, February 16, 1990.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — S. 32 Unemployment Insurance Act granting child care benefits to adoptive parents but not to natural parents — Trial Judge finding s. 32 inconsistent with Charter s. 15 and, pursuant to Charter s. 24(1), addressing underinclusiveness of legislation by extending benefits to natural parents — Nature and extent of Court's power to grant remedy where infringement of equality rights — S. 15(1) conferring positive right to equality which can only be guaranteed by positive remedy — Extension of benefits in cases of underinclusive legislation remedy respecting purposive nature of Charter while giving effect to rights enshrined in s. 15 — Appeal dismissed.

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Trial Judge finding s. 32 Unemployment Insurance Act (child care benefits to adoptive parents) inconsistent with Charter s. 15(1) — Granting remedy pursuant to Charter s. 24(1) extending benefits to natural parents — Whether erred in not declaring s. 32 of no force or effect pursuant to s. 52(1) Constitution Act, 1982 — S. 52(1) not only remedial route where legislation found inconsistent with Constitution — S. 52(1) not engaged as underinclusive character of s. 32, not legislation itself, unconstitutional — Court not overstepping constitutional role of judiciary although decision requiring expenditure of public monies not appropriated by Parliament — Positive remedy necessary to enforce Charter equality right.

Unemployment insurance — S. 32 Unemployment Insurance Act granting child care benefits to adoptive parents only inconsistent with Charter s. 15 — Trial Judge, under Charter s. 24, extending benefits to natural parents — Interface between ss. 15(1) and 24(1) Charter and s. 52(1) Constitution Act, 1982 — Charter s. 24 empowering Court to address underinclusiveness of legislation by extending benefits to groups aggrieved by exclusion — Remedy constitutionally

Sa Majesté la Reine et la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada (appelantes) (défenderesses)

c.

Shalom Schachter (intimé) (demandeur)

et

Le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (intimé) (intervenant)

RÉPERTORIÉ: SCHACHTER c. CANADA (C.A.)

^c Cour d'appel, juges Heald, Mahoney et Stone, J.C.A.—Toronto, 27, 28 et 29 novembre 1989; Ottawa, 16 février 1990.

^d *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — L'art. 32 de la Loi sur l'assurance-chômage accorde des prestations pour le soin des enfants aux parents adoptifs et non aux parents naturels — Le juge de première instance a conclu à l'incompatibilité de l'art. 32 avec l'art. 15 de la Charte, et il a, en vertu de l'art. 24(1) de la Charte et pour obvier à la couverture sélective de la Loi, étendu les prestations aux parents naturels — Nature et portée du pouvoir de la Cour d'accorder une réparation lorsqu'il y a violation des droits à l'égalité — L'art. 15(1) confère un droit positif à l'égalité qui ne peut être garanti que par une réparation concrète — L'extension de prestations en cas de couverture sélective de la loi constitue une réparation qui respecte la nature téléologique de la Charte tout en donnant effet aux droits consacrés par l'art. 15 — Appel rejeté.*

^e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Le juge de première instance a conclu à l'incompatibilité de l'art. 32 de la Loi sur l'assurance-chômage (prestations pour le soin des enfants accordées aux parents adoptifs) avec l'art. 15(1) de la Charte — Il a accordé une réparation sous le régime de l'art. 24(1) de la Charte en étendant les prestations aux parents naturels — A-t-il commis une erreur en ne déclarant pas l'art. 32 inopérant en vertu de l'art. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982? — L'art. 52(1) n'est pas la seule voie de recours lorsqu'une loi est jugée incompatible avec la Constitution — L'art. 52(1) n'entre pas en jeu puisque c'est le caractère sélectif de l'art. 32, et non la mesure législative elle-même, qui est inconstitutionnel — La Cour n'a pas outre-passé la fonction constitutionnelle des juges bien que la décision exige l'utilisation de fonds publics qui ne sont pas affectés par le Parlement — Une réparation concrète s'impose pour*

^f *respecter le droit à l'égalité prévu par la Charte.*

^g *Assurance-chômage — L'art. 32 de la Loi sur l'assurance-chômage qui accorde des prestations pour le soin des enfants aux parents adoptifs seulement est incompatible avec l'art. 15 de la Charte — Le juge de première instance s'est fondé sur l'art. 24 de la Charte pour étendre les prestations aux parents naturels — Interaction des art. 15(1) et 24(1) de la Charte et de l'art. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 — La Cour tient de l'art. 24 de la Charte le pouvoir, pour obvier au*

permissible although resulting in appropriation of public monies not otherwise authorized by Parliament.

The Trial Judge found section 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* to be inconsistent with section 15 of the Charter because it did not accord natural parents equal benefit of the law. Section 32 entitles adoptive parents, but not natural parents, to child care benefits. The Trial Judge, pursuant to section 24 of the Charter, addressed the underinclusiveness of the section by extending the section 32 benefits to natural parents.

The finding that section 32 provides unequal benefit of the law was not challenged. The appeal raises three issues: (1) the jurisdiction of the Trial Judge to fashion a remedy under subsection 24(1) notwithstanding subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*; (2) the nature and extent of a court's powers under subsection 24(1) to grant a remedy for the infringement of section 15 equality rights in the case of underinclusive legislation; (3) the role of the judiciary in granting a remedy which results in a judicial amendment to the legislation and entails the appropriation of public monies for a purpose not authorized by Parliament.

Held (Mahoney J.A. dissenting): the appeal should be dismissed.

Per Heald J.A. (Stone J.A. concurring): The Trial Judge had jurisdiction to grant the relief embodied in the decision at issue. The appellants' submission, that where a law is found to be inconsistent with the provisions of the Constitution the only recourse open to a court is to declare it of no force or effect pursuant to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, could not be accepted. In *Big M Drug Mart Ltd.*, Dickson J. indicated that subsection 24(1) "[was] not . . . the only recourse in the face of unconstitutional legislation". Those remarks show that there is more than one remedial route to pursue when an individual's Charter rights have been infringed. They cannot be read as precluding access to section 24 in cases where section 52 would apply. His Lordship added that "Where . . . the challenge is based on the unconstitutionality of the legislation, recourse to s. 24 is unnecessary." In the case at bar, however, it is the omission rather than the legislation that is unconstitutional. The language of section 32 does not contravene the Charter; it is the underinclusive character of the provision that renders it insufficient and accordingly unconstitutional. Because of that underinclusive character, subsection 52(1) cannot be engaged and the course adopted by the Trial Judge does not run contrary to the remarks of Dickson J. in *Big M*.

The Trial Judge did not err in the exercise of the powers conferred upon him by section 24. A court of competent jurisdiction is empowered to use its section 24 powers with flexibility and imagination and is free to employ a full discretion in the exercise of those powers. Subsection 15(1) confers a positive right to equality which can only be guaranteed by the fashioning of a positive remedy. The remedy granted below protects that right; a declaration that section 32 is of no force or effect would fail to do so.

caractère sélectif de la Loi, d'étendre des prestations aux groupes lésés par une exclusion — Cette réparation est constitutionnellement permise bien qu'elle donne lieu à l'affectation de fonds publics non autrement autorisée par le Parlement.

^a Le juge de première instance a conclu à l'incompatibilité de l'article 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* avec l'article 15 de la Charte, parce qu'il n'accordait pas aux parents naturels le même bénéfice de la loi qu'aux parents adoptifs. L'article 32 accorde des prestations pour le soin des enfants aux parents adoptifs, mais non aux parents naturels. Le juge de première instance, en vertu de l'article 24 de la Charte et pour obvier au caractère sélectif de l'article contesté, a étendu les prestations prévues à l'article 32 aux parents naturels.

^b La conclusion selon laquelle l'article 32 n'accorde pas à tous le même bénéfice de la loi n'est pas contestée. L'appel soulève trois questions: (1) le pouvoir du juge de première instance de façonner une réparation sous le régime du paragraphe 24(1) malgré le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*; (2) la nature et l'étendue des pouvoirs d'un tribunal sous l'empire du paragraphe 24(1) d'accorder réparation de la violation des droits à l'égalité prévus à l'article 15 dans le cas d'une loi qui ne couvre pas toutes les situations; (3) le rôle des juges dans l'octroi d'une réparation qui équivaut à une modification de la législation par le tribunal et qui implique l'affectation de fonds publics à une fin non autorisée par le Parlement.

^c *Arrêt* (le juge Mahoney, J.C.A., dissident): l'appel devrait être rejeté.

^d Le juge Heald, J.C.A. (avec l'appui du juge Stone, J.C.A.): Le juge de première instance avait compétence pour accorder la réparation figurant dans la décision litigieuse. Ne saurait être accueilli l'argument des appelantes selon lequel lorsqu'une loi est jugée incompatible avec les dispositions de la Constitution, le tribunal ne peut pas faire autrement que de la déclarer inopérante en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, le juge Dickson a fait savoir que, pour ce qui est du paragraphe 24(1), «il ne [s'agissait] pas . . . du seul recours qui [s'offrait] face à une loi inconstitutionnelle». Il ressort de ces remarques qu'il existe plus d'une voie de recours lorsque des droits garantis par la Charte ont été violés. On ne saurait les interpréter comme écartant le recours à l'article 24 dans les cas où s'appliquerait l'article 52. Il a ajouté que «Lorsque . . . la contestation est fondée sur l'inconstitutionnalité d'une loi, il n'est pas nécessaire de recourir à l'art. 24». Toutefois, en l'espèce, c'est l'omission qui est inconstitutionnelle, non pas la loi elle-même. Le libellé de l'article 32 ne contrevient pas à la Charte; c'est le caractère sélectif de la disposition qui la rend insuffisante et, par conséquent, inconstitutionnelle. En raison de ce caractère sélectif, le paragraphe 52(1) ne saurait entrer en jeu, et la voie suivie par le juge de première instance ne s'oppose pas aux remarques faites par le juge Dickson dans l'arrêt *Big M*.

^e Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en exerçant les pouvoirs qu'il tient de l'article 24. Un tribunal compétent peut utiliser avec souplesse et imagination les pouvoirs que lui confère l'article 24, et est libre de faire pleinement usage de sa discrétion dans l'exercice de ces pouvoirs. Le paragraphe 15(1) confère un droit positif à l'égalité qui ne peut être garanti que par l'octroi d'une réparation concrète. La réparation accordée par l'instance inférieure protège ce droit; un jugement déclarant inopérant l'article 32 ne le ferait pas.

Nor did the Trial Judge overstep his judicial function in imposing a legislative scheme to replace that found constitutionally defective. Underinclusive legislation invites a remedy extending benefits. Such a remedy respects the purposive nature of the Charter while at the same time giving effect to the equality rights enshrined in section 15. Since the remedy granted was the only one appropriate and just in the circumstances, it was constitutionally permissible. Furthermore, the judgment of the Trial Division merely provided a temporary remedy, leaving it to "Parliament to remedy the situation in accordance with the Charter". The Court had not impinged on Parliament's prerogative to choose amongst constitutionally valid policy options in enacting legislation which conforms to the Charter.

Support could not be found for the submission that the relief granted represented an invasion of Parliament's constitutional authority to exact taxes. This was not the first case of a court having rendered a decision requiring the expenditure of public funds not otherwise authorized by Parliament.

Per Mahoney J.A. (dissenting): Dickson J.'s comments in the *Big M* case cannot be read as indicating that subsections 24(1) and 52(1) offer alternative recourses in the case of legislative underinclusion. The interaction of those provisions was not really addressed. The only "remedy" sought, considered and granted therein was a declaration of invalidity pursuant to subsection 52(1).

Caution must be exercised when interpreting Charter rights in a purposive and generous manner. The Charter is not the whole Constitution; its provisions are neither subordinate nor paramount. The entire Constitution, not the Charter alone, is the "statement of the will of the people to be governed in accordance with certain fundamental principles". No principle is more firmly established than the one inherited from the British Constitution that no money can be levied without the authorization of Parliament. The appropriation of public monies by a court is offensive to that principle. A purposive approach to remedies under subsection 24(1) cannot take a court that far. The responsibility of the courts is to define the limits of legislation permissible under the Charter; that of Parliament is to enact legislation that meets its requirements.

The Constitution of Canada does not permit the remedy crafted by the Trial Judge. Having found section 32 to be inconsistent with a provision of the Constitution, the Trial Judge was bound to find it to be of no force and effect. Had that finding been made, the absence of any conflict between subsections 24(1) and 52(1) would be apparent. There is no offending legislation and, therefore, no subsection 24(1) remedy called for. Subsection 52(1) states a constitutional fact which no court can ignore when it is invoked in a proceeding and found to apply.

Le juge de première instance n'a pas non plus outrepassé sa fonction judiciaire en imposant un cadre législatif pour remplacer celui déclaré défectueux sur le plan constitutionnel. Une loi qui ne couvre pas toutes les situations invite à une réparation qui consiste dans l'extension de prestations. Une telle réparation est conforme à la nature téléologique de la Charte tout en donnant effet aux droits à l'égalité reconnus à l'article 15. Puisque la réparation accordée est la seule qui soit convenable et juste, elle est constitutionnellement permise. Qui plus est, le jugement de première instance ne prévoit qu'une réparation temporaire, laissant au « législateur le soin de remédier à la situation conformément à la Charte ». La Cour n'a pas empiété sur la prérogative du législateur de faire un choix parmi les options d'orientation constitutionnellement valides en adoptant une loi qui corresponde à la Charte.

Rien n'étaye l'argument selon lequel la réparation accordée constitue un empiètement sur le pouvoir constitutionnel du législateur d'exiger des impôts. Ce n'est pas la première fois qu'un tribunal rend une décision exigeant l'utilisation de fonds publics non autrement autorisée par le Parlement.

Le juge Mahoney, J.C.A. (dissent): On ne saurait interpréter les remarques faites par le juge Dickson comme indiquant que les paragraphes 24(1) et 52(1) offrent des recours subsidiaires dans le cas de la couverture sélective d'une loi. Il n'a pas été réellement statué sur l'interaction de ces dispositions. La seule « réparation » sollicitée, examinée et accordée en l'espèce fut un jugement déclaratif d'invalidité sous le régime du paragraphe 52(1).

Il faut faire preuve de prudence en interprétant les droits prévus par la Charte d'une façon téléologique et généreuse. La Charte n'est pas la Constitution dans son entier; ses dispositions ne sont ni accessoires ni prépondérantes. L'ensemble de la Constitution, et non seulement la Charte, est « l'expression de la volonté du peuple d'être gouverné conformément à certains principes considérés comme fondamentaux ». Aucun principe n'est plus fermement établi que celui hérité de la Constitution britannique selon lequel aucune levée d'argent ne peut se faire sans l'autorisation du Parlement. L'affectation de fonds publics par un tribunal est contraire à ce principe. Une approche téléologique des réparations au paragraphe 24(1) ne saurait autoriser les tribunaux à aller aussi loin. Il appartient aux tribunaux de définir les limites dans lesquelles doivent se situer les dispositions législatives pour être valides sous le régime de la Charte; mais il incombe au Parlement d'édicter des dispositions satisfaisant à ses exigences.

La Constitution du Canada n'autorise pas la réparation élaborée par le juge de première instance. Ayant conclu à l'incompatibilité de l'article 32 avec une disposition de la Constitution, le juge de première instance était tenu de déclarer cet article inopérant. Si cette conclusion avait été tirée, l'absence de conflit entre les paragraphes 24(1) et 52(1) serait évidente. Comme il n'existe aucune disposition incompatible, aucune réparation fondée sur le paragraphe 24(1) ne doit donc être prononcée. Le paragraphe 52(1) expose une réalité constitutionnelle dont un tribunal ne peut omettre de tenir compte lorsqu'elle est invoquée et considérée comme applicable dans le cadre d'une instance.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and settling the Succession of the Crown, 1688 [Bill of Rights], 1 Will & Mary, Sess. 2, c. 2 (U.K.).

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 2, 7, 15(1), 24(1), 33.

Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1).

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], preamble.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 52(b)(iii), 57(3).

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 324.

Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 32 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 5).

Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 20.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; (1989), 59 D.L.R. (4th) 321; 94 N.R. 373; *Re Hoogbruin et al. and Attorney-General of British Columbia et al.* [1985], 24 D.L.R. (4th) 718; [1986] 2 W.W.R. 700; 70 B.C.L.R. 1 (C.A.).

CONSIDERED:

R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al., [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 914,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; (1986), 31 D.L.R. (4th) 562; [1986] 6 W.W.R. 577; 28 C.C.C. (3d) 513; 25 C.R.R. 63; 69 N.R. 241; *Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 513; 24 D.L.R. (4th) 728; 14 O.A.C. 194 (C.A.); leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied, [1986] 1 S.C.R. xii; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; (1987), 78 N.S.R. (2d) 183; 39 D.L.R. (4th) 481; 193 A.P.R. 183; 33 C.C.C. (3d) 289; 57 C.R. (3d) 289; 75 N.R. 81; *Califano v. Westcott*, 443 U.S. 76 (1979); *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9

LOIS ET RÈGLEMENTS

An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and settling the Succession of the Crown, 1688 [Bill of Rights], 1 Will & Mary, Sess. 2, chap. 2 (R.-U.).

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44], art. 2, 7, 15(1), 24(1), 33.

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44], art. 52(1).

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 5], préambule.

Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48, art. 32 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 150, art. 5).

Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), chap. U-1, art. 20.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 52(b)(iii), 57(3).

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 324.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; (1989), 59 D.L.R. (4th) 321; 94 N.R. 373; *Re Hoogbruin et al. and Attorney-General of British Columbia et al.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 718; [1986] 2 W.W.R. 700; 70 B.C.L.R. 1 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres, [1985] 1 R.C.S. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 914,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; (1986), 31 D.L.R. (4th) 562; [1986] 6 W.W.R. 577; 28 C.C.C. (3d) 513; 25 C.R.R. 63; 69 N.R. 241; *Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 513; 24 D.L.R. (4th) 728; 14 O.A.C. 194 (C.A.); autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée, [1986] 1 R.C.S. xii; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; (1987), 78 N.S.R. (2d) 183; 39 D.L.R. (4th) 481; 193 A.P.R. 183; 33 C.C.C. (3d) 289; 57 C.R. (3d) 289; 75 N.R. 81; *Califano v. Westcott*, 443 U.S. 76 (1979); *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2

C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man. R. (2d) 83; 59 N.R. 321; *R. v. Hamilton* (1986), 57 O.R. (2d) 412; 17 O.A.C. 241 (C.A.); *R. v. Van Vliet* (1988), 45 C.C.C. (3d) 481; 10 M.V.R. 190 (B.C. C.A.); *Auckland Harbour Board v. The King*, [1924] A.C. 318; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 67 N.R. 241; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; (1988), 31 O.A.C. 81; 45 C.C.C. (3d) 204; 66 C.R. (3d) 193; 89 N.R. 161; *R. v. Rowbotham et al.* (1988), 25 O.A.C. 321; 41 C.C.C. (3d) 1; 63 C.R. 113; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; (1984), 9 D.L.R. (4th) 161; 3 O.A.C. 321; 11 C.C.C. (3d) 481; 53 N.R. 169; *Marchand v. Simcoe County Board of Education et al.* (1986), 55 O.R. (2d) 638; 29 D.L.R. (4th) 596; 25 C.R.R. 139 (H.C.).

REFERRED TO:

Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; *Reg. v. Barnet London Borough Council Ex parte Nilish Shah*, [1983] 2 W.L.R. 16 (H.L.); *Addy v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 452; (1985), 22 D.L.R. (4th) 52; 8 C.C.E.L. 13; 5 C.P.C. (2d) 127; 19 C.R.R. 193 (T.D.); *R. v. Punch*, [1985] N.W.T.R. 373; [1986] 1 W.W.R. 592; 22 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 374; 18 C.R.R. 74 (S.C.); *Dixon v. B.C. (A.G.)*, [1989] 4 W.W.R. 393 (B.C.S.C.); *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513; 25 D.L.R. (4th) 1; 13 O.A.C. 241 (C.A.).

AUTHORS CITED

Canada. Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 36 (January 12, 1981), at page 36:19.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

COUNSEL:

David Sgayias and *Roslyn J. Levine* for appellants (defendants).
Brian G. Morgan and *Larry Ritchie* for respondent (plaintiff).
Mary Eberts and *Jennifer E. Aitken* for respondent (intervenor).

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellants (defendants).

C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man. R. (2d) 83; 59 N.R. 321; *R. v. Hamilton* (1986), 57 O.R. (2d) 412; 17 O.A.C. 241 (C.A.); *R. v. Van Vliet* (1988), 45 C.C.C. (3d) 481; 10 M.V.R. 190 (C.A.C.-B.); *Auckland Harbour Board v. The King*, [1924] A.C. 318; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 67 N.R. 241; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; (1988), 31 O.A.C. 81; 45 C.C.C. (3d) 204; 66 C.R. (3d) 193; 89 N.R. 161; *R. v. Rowbotham et al.* (1988), 25 O.A.C. 321; 41 C.C.C. (3d) 1; 63 C.R. 113; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; (1984), 9 D.L.R. (4th) 161; 3 O.A.C. 321; 11 C.C.C. (3d) 481; 53 N.R. 169; *Marchand v. Simcoe County Board of Education et al.* (1986), 55 O.R. (2d) 638; 29 D.L.R. (4th) 596; 25 C.R.R. 139 (H.C.).

DÉCISIONS CITÉES:

Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; *Reg. v. Barnet London Borough Council Ex parte Nilish Shah*, [1983] 2 W.L.R. 16 (H.L.); *Addy c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 452; (1985), 22 D.L.R. (4th) 52; 8 C.C.E.L. 13; 5 C.P.C. (2d) 127; 19 C.R.R. 193 (1^{re} inst.); *R. v. Punch*, [1985] N.W.T.R. 373; [1986] 1 W.W.R. 592; 22 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 374; 18 C.R.R. 74 (C.S.); *Dixon v. B.C. (A.G.)*, [1989] 4 W.W.R. 393 (C.S.C.-B.); *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513; 25 D.L.R. (4th) 1; 13 O.A.C. 241 (C.A.).

DOCTRINE

Canada. Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 36 (12 janvier 1981), à la page 36:19.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

AVOCATS:

David Sgayias et *Roslyn J. Levine* pour les appelantes (défenderesses).
Brian G. Morgan et *Larry Ritchie* pour l'intimé (demandeur).
Mary Eberts et *Jennifer E. Aitken* pour l'intimé (intervenant).

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour les appelantes (défenderesses).

Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto, for respondent (plaintiff).

Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto, for respondent (intervenor).

Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto, pour l'intimé (demandeur).

Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto, pour l'intimé (intervenant).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HEALD J.A.: I have read the reasons for judgment prepared in this appeal in draft form by my brother Mahoney J.A. With every deference I am unable to agree with the result which he proposes. Accordingly, I think it necessary to discuss the issues which, in my appreciation of the matter, are raised by this appeal, and to explain my reasons for reaching a conclusion different from that of my colleague.

As I perceive this appeal, it raises three broad issues: firstly, whether a court of competent jurisdiction has the power to fashion remedies under subsection 24(1) of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], notwithstanding the provisions of subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. Put another way, this appeal raises squarely the question of the interface between subsections 24(1) of the Charter and 52(1)¹ of the *Constitution Act, 1982*; secondly, the relationship between subsections 24(1) and 52(1) when considered in the context of other sections of the *Constitution Act, 1982* such as, for example, subsection 15(1) deal-

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

LE JUGE HEALD, J.C.A.: J'ai lu, sous forme de projet, les motifs de jugement rédigés dans le cadre de cet appel par mon collègue le juge Mahoney, J.C.A. En toute déférence, je ne saurais être d'accord avec l'issue qu'il propose. En conséquence, j'estime nécessaire de discuter des questions que soulève l'appel, selon mon appréciation de l'affaire, et d'expliquer les raisons pour lesquelles j'en arrive à une conclusion différente de celle de mon collègue.

Selon ma compréhension de l'appel, il soulève trois questions générales: premièrement, la question de savoir si un tribunal compétent est habilité à élaborer des réparations en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11* (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44]] nonobstant les dispositions du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11* (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44]]. En d'autres termes, cet appel soulève carrément la question de l'interaction des paragraphes 24(1) de la Charte et 52(1)¹ de la *Loi constitutionnelle de 1982*; deuxièmement, le rapport entre les paragraphes 24(1) et 52(1) lorsque ces dispositions sont considérées dans le contexte d'autres articles de la *Loi constitutionnelle de 1982* comme, par exemple, le para-

¹ 24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

¹ 24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

ing with equality rights,² and, specifically, the nature and extent of the Court's power to grant a remedy for the infringement of equality rights under section 15 in the particular circumstances of this case; and thirdly, the role of the judiciary in circumstances where the granting of a Charter remedy results in a judicial amendment to the legislation and, as well, entails the appropriation of public monies from the Consolidated Revenue Fund for a purpose not authorized by Parliament.

As noted by Mr. Justice Mahoney, the learned Trial Judge [[1988] 3 F.C. 515; (1988), 52 D.R.L. (4th) 525; 18 F.T.R. 199] found section 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* [S.C. 1970-71-72, c. 48 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 5)] (now section 20, R.S.C., 1985, c. U-1) to be inconsistent with section 15 of the Charter because it did not accord natural parents equal benefit of the law. It gave child care benefits to adoptive parents, but not to natural parents. The learned Trial Judge, pursuant to section 24 of the Charter, addressed the underinclusiveness of the section by granting an extension. The consequence of his judgment is to entitle natural parents to the same child care benefits as adoptive parents.

1. The interface between subsections 24(1) of the Charter and 52(1) of the *Constitution Act, 1982*

Counsel for the appellants stated at the outset that there was no challenge to the finding by the learned Trial Judge that section 32 provides unequal benefit of the law, and, consequently, is contrary to section 15 of the Charter. It is also conceded that, assuming jurisdiction to grant a remedy under section 24, the remedy devised was just and appropriate in the circumstances. It is the submission of the appellants, however, that the learned Trial Judge erred in failing to declare section 32 to be of no force and effect and further

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

graphe 15(1) qui traite des droits à l'égalité², et, plus particulièrement, la nature et l'étendue du pouvoir de la Cour d'accorder réparation de la violation des droits à l'égalité prévus à l'article 15 dans les circonstances particulières de l'espèce; et troisièmement, le rôle des juges dans les circonstances où l'octroi d'une réparation prévue par la Charte équivaut à la modification de la législation par le tribunal et implique aussi l'affectation des fonds publics du Trésor à une fin non autorisée par le Parlement.

Comme l'a mentionné le juge Mahoney, le juge de première instance [[1988] 3 C.F. 515; (1988), 52 D.L.R. (4th) 525; 18 F.T.R. 199] a conclu que l'article 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* [S.C. 1970-71-72, chap. 48 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 150, art. 5)] (aujourd'hui l'article 20, L.R.C. (1985), chap. U-1) était incompatible avec l'article 15 de la Charte parce qu'il n'accordait pas aux parents naturels le même bénéfice de la loi qu'aux parents adoptifs. En effet, il accordait des prestations pour le soin des enfants aux parents adoptifs, mais non pas aux parents naturels. Le juge de première instance, en vertu de l'article 24 de la Charte et pour obvier au caractère sélectif de l'article contesté, en a étendu le champ d'application. La conséquence de son jugement est l'octroi aux parents naturels des mêmes prestations pour le soin des enfants qu'aux parents adoptifs.

1. L'interaction des paragraphes 24(1) de la Charte et 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*

L'avocat des appelantes a déclaré dès le départ qu'il ne contestait pas la conclusion du juge de première instance que l'article 32 n'accorde pas à tous le même bénéfice de la loi et, en conséquence, qu'il est contraire à l'article 15 de la Charte. Si l'on tient pour acquise la compétence du tribunal à accorder réparation en vertu de l'article 24, il est aussi concédé que celle qui a été façonnée était juste et appropriée dans les circonstances. Toutefois, les appelantes soutiennent que le juge de première instance a commis une erreur en ne

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

erred in purporting to amend section 32 by providing for the payment of benefits to natural parents.

Couched in simple terms, the appellants' submission is that subsection 52(1) operates automatically where there is a law that is found to be inconsistent with the provisions of the Constitution. It was the position of counsel that section 24 of the Charter cannot be used where section 52 applies. He did not go so far as to claim paramountcy for section 52. However, he did submit that section 24 cannot be used to avoid the operation of section 52. In paragraph 39 of his memorandum of fact and law he expressed the submission as follows:

... subsection 24(1) does not empower the Court to ignore the clear dictate of subsection 52(1). Indeed, where the question is one of the consistency of a statutory provision with the Charter, subsection 24(1) does not come into play.

In support of this submission, counsel relies on a statement by Dickson J. (as he then was) in *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*³ *Big M* was a case where the company was charged with a violation of the *Lord's Day Act* [R.S.C. 1970, c. L-13]. The ground of defence was that the Act violated the Charter's guarantee of freedom of religion. The Crown submitted that the trial court lacked the competence to make a declaration of invalidity under section 24. In rejecting this argument, Mr. Justice Dickson stated, for the majority:

Section 24(1) sets out a remedy for individuals (whether real persons or artificial ones such as corporations) whose rights under the *Charter* have been infringed. It is not, however, the only recourse in the face of unconstitutional legislation. Where, as here, the challenge is based on the unconstitutionality of the legislation, recourse to s. 24 is unnecessary and the particular effect on the challenging party is irrelevant.

With deference to those who hold a contrary view, it is my opinion that the above quoted opinion makes it perfectly clear that there is more than one remedial route to pursue when an individual's Charter rights have been infringed by unconstitutional legislation. I think it apparent that Mr.

³ [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 914,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81, at p. 313 S.C.R.

déclarant pas inopérant l'article 32, et qu'il a aussi commis une erreur quand il a prétendu modifier l'article 32 en prévoyant le paiement de prestations aux parents naturels.

^a Exprimé simplement, l'argument des appelantes est que le paragraphe 52(1) s'applique automatiquement lorsqu'une loi est considérée incompatible avec les dispositions de la Constitution. L'avocat des appelantes estime que l'article 24 de la Charte ^b ne peut être invoqué lorsque l'article 52 s'applique. Il n'est pas allé jusqu'à affirmer la primauté de l'article 52, mais il a néanmoins soutenu que l'on ne peut invoquer l'article 24 pour empêcher l'application de l'article 52. Au paragraphe 39 de son exposé des faits et du droit, il formule l'argument ^c suivant:

[TRADUCTION] ... le paragraphe 24(1) ne permet pas à la Cour de passer outre à la claire directive du paragraphe 52(1). En effet, lorsqu'il s'agit de la compatibilité d'une disposition ^d législative avec la Charte, le paragraphe 24(1) n'entre pas en jeu.

À l'appui de cet argument, l'avocat des appelantes invoque les propos du juge Dickson (tel était alors son titre) dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*³. Dans l'affaire *Big M*, une société était accusée d'avoir violé la *Loi sur le dimanche* [S.R.C. 1970, chap. L-13]. Elle avait fait valoir en ^e défense que la Loi violait le droit à la liberté de religion garanti par la Charte. La Couronne a ^f soutenu que le tribunal de première instance n'avait pas la compétence nécessaire pour rendre un jugement déclaratif d'invalidité en vertu de l'article 24. En rejetant cet argument, le juge ^g Dickson a dit, pour la majorité:

Le paragraphe 24(1) prévoit un redressement pour les personnes, aussi bien physiques que morales, qui ont été victimes d'une atteinte aux droits qui leurs sont garantis par la *Charte*. Toutefois, il ne s'agit pas là du seul recours qui s'offre face à une loi inconstitutionnelle. Lorsque, comme c'est le cas en ^h l'espèce, la contestation est fondée sur l'inconstitutionnalité d'une loi, il n'est pas nécessaire de recourir à l'art. 24 et l'effet particulier qu'elle a sur l'auteur de la contestation est sans importance.

En toute déférence pour les partisans de l'opinion ⁱ contraire, j'estime que l'avis précité dit clairement qu'il existe plus d'une voie de recours lorsque des droits garantis par la Charte ont été violés par une mesure législative inconstitutionnelle. Je crois manifeste que le juge Dickson n'écartait pas le

³ [1985] 1 R.C.S. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 914,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81, à la p. 313 R.C.S.

Justice Dickson was not precluding access to section 24 in cases where section 52 would apply. I say this because of his statement that the section 24 remedy is not the only remedy in the face of unconstitutional legislation. To the same effect are the comments of Madame Justice Wilson in the case of *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*.⁴

It seems to me that the route to be followed by an individual seeking redress may well depend upon the manner in which the substantive right was infringed. Mr. Justice Strayer focused on the unusual way in which underinclusive legislation violates Charter rights. He stated (at page 544 F.C.):

Section 32 is defective, not because the benefits it provides are prohibited by the Charter, but rather because neither it nor any other part of the Act goes far enough in equally providing benefits to others similarly situated: that is, it is "under-inclusive".

In my view, Strayer J. is here distinguishing between legislation which is unconstitutional because of what it provides and legislation which is unconstitutional because of what it omits. Section 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* falls into the latter category. In the passage quoted *supra*, Mr. Justice Dickson expressed the view that where the challenge is based on the unconstitutionality of the legislation, recourse to section 24 is unneces-

⁴ [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1, at p. 221 S.C.R. where she stated:

4. Remedies

I turn now to the issue of the remedy to which the appellants are entitled. Sections 24(1) of the *Charter* and 52(1) of the *Constitution Act, 1982* both apply. Section 52(1) requires 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. The appellants who have suffered as a result of the application of an unconstitutional law to them are entitled under s. 24(1) to apply to a court of competent jurisdiction for "such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances". What remedy is available in the context of this case?

The Court's jurisdiction is invoked in two contexts. In the first, these are appeals from dismissals by the Federal Court of Appeal of applications for judicial review under s. 28 of the *Federal Court Act*. In this context the Court is limited to the powers the Federal Court is entitled to exercise pursuant to s. 28. In the other context, however, the Court's broad remedial powers under s. 24 of the *Charter* are invoked.

recours à l'article 24 dans les cas où s'appliquerait l'article 52. Je dis cela parce qu'il a mentionné que le redressement prévu à l'article 24 n'est pas le seul recours qui s'offre face à une loi inconstitutionnelle. Vont dans le même sens les commentaires du juge Wilson dans l'arrêt *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*⁴.

Il me semble que la voie que doit suivre quiconque veut obtenir une réparation peut fort bien dépendre de la façon dont son droit a été violé. Le juge Strayer a souligné la façon peu commune dont une disposition qui ne couvre pas toutes les situations viole les droits garantis par la Charte. Il a dit ce qui suit (à la page 544 C.F.):

L'article 32 est entaché de vice, non pas parce que les prestations qu'il prévoit sont interdites par la Charte, mais parce que ni cet article ni aucune autre partie de la Loi ne veulent aller suffisamment loin lorsqu'il s'agit de prévoir de façon égale des prestations pour ceux qui se trouvent dans la même situation: dans ce sens, «il ne couvre pas toutes les situations».

À mon sens, le juge Strayer établit ici une distinction entre les dispositions législatives qui sont inconstitutionnelles en raison de ce qu'elles prévoient, et celles qui sont inconstitutionnelles en raison de ce qu'elles omettent. L'article 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* appartient à la seconde catégorie. Dans le passage cité plus haut, le juge Dickson s'est montré d'avis que lorsque la contestation se fonde sur le caractère

⁴ [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1, à la p. 221 R.C.S., où elle a dit:

4. Mesures de redressement

J'examinerai maintenant la question du redressement auquel ont droit les appelants. Les paragraphes 24(1) de la *Charte* et 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* s'appliquent tous les deux. Le paragraphe 52(1) requiert 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. Les appelants qui ont subi un préjudice par suite de l'application à leur cas d'une loi inconstitutionnelle ont le droit, en vertu du par. 24(1), de s'adresser à un tribunal compétent en vue d'obtenir «la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances». Quelle réparation peut-on accorder en l'espèce?

La compétence de la Cour est invoquée de deux façons. En premier lieu, les présents pourvois découlent du rejet par la Cour d'appel fédérale de demandes d'examen judiciaire fondées sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Dans ce cas, la Cour est limitée aux pouvoirs que la Cour fédérale a le droit d'exercer en vertu de l'art. 28. En second lieu, cependant, on invoque le pouvoir général de redressement que possède la Cour en vertu [de] l'art. 24 de la *Charte*.

sary. However, that is not this case. Here the language of section 32 itself does not contravene the Charter. As submitted by counsel for the respondent, its underinclusive character renders it insufficient and therefore unconstitutional. It is the omission in this case that is unconstitutional, not the legislation itself. On this view of the matter then, it would be permissible to resort to section 24 for a remedy. Hence, in my view, the course adopted by Strayer J. does not run contrary to the opinion expressed by Dickson J. *supra*.⁵

I find additional support for this approach to the matter in the reasons for judgment of Madame Justice Wilson in the case of *R. v. Jones*.⁶ The legislation under attack in that case was certain sections of the Alberta *School Act* [R.S.A. 1980, c. S-3]. The sections in issue were said to violate paragraph 2(a) of the Charter (freedom of religion) as well as section 7 thereof (interference with liberty). All of the judges of the Supreme Court of Canada hearing the appeal held that paragraph 2(a) was not infringed. Additionally all of the panel excepting Madame Justice Wilson held that section 7 of the Charter was, likewise, not infringed. Wilson J. was of the view that the impugned legislation breached section 7 of the Charter. Accordingly, she was the only member of the panel who found it necessary to address the question of remedy. At page 323 S.C.R. she said:

I would like to address one further point which was clearly a matter of concern to the Court of Appeal. It found that the appellant, not having been denied a certificate under s. 143(1), was not entitled to raise the validity of the legislation "in the abstract". If I understand the Court's thinking correctly, it seems to be that no relief can be given under s. 24(1) on the basis of the invalidity of the legislation *per se* but only on the basis of some action taken under it. While the appellant could have claimed relief by way of the prerogative writs if he had been denied a certificate, the validity of the legislation can only

⁵ Chief Justice Dickson raises a similar point in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385, at p. 784 S.C.R.

⁶ [1986] 2 S.C.R. 284; (1986), 31 D.L.R. (4th) 562; [1986] 6 W.W.R. 577; 28 C.C.C. (3d) 513; 25 C.R.R. 63; 69 N.R. 241, at p. 323 S.C.R.

inconstitutionnel de la disposition législative, il n'est pas nécessaire de recourir à l'article 24. Toutefois, ce n'est pas le cas en l'espèce, où le libellé de l'article 32 lui-même ne contrevient pas à la Charte. Comme l'a souligné l'avocat de l'intimé, le fait qu'il ne couvre pas toutes les situations le rend insuffisant, et par conséquent inconstitutionnel. En l'espèce, c'est l'omission qui est inconstitutionnelle, non pas la disposition elle-même. La question vue sous cet angle, il serait donc possible de recourir à l'article 24 pour obtenir réparation. Donc, à mon sens, la voie suivie par le juge Strayer ne s'oppose pas à l'opinion exprimée plus haut par le juge Dickson⁵.

Je trouve un appui supplémentaire pour cette optique de la question dans les motifs du juge Wilson dans l'affaire *R. c. Jones*⁶. La mesure législative contestée dans cette affaire se trouvait être certains articles de l'Alberta *School Act* [R.S.A. 1980, chap. S-3]. On soutenait que les articles en cause étaient contraires à l'alinéa 2a) de la Charte (liberté de religion) aussi bien qu'à l'article 7 de la même loi (atteinte à la liberté). Tous les juges de la Cour suprême du Canada saisis de l'appel ont statué qu'il n'y avait pas violation de l'alinéa 2a). En outre, tous les juges, à l'exception du juge Wilson, ont conclu qu'il n'y avait pas non plus violation de l'article 7 de la Charte. Le juge Wilson était d'avis que la disposition contestée enfreignait l'article 7 de la Charte. En conséquence, elle est le seul juge parmi ceux qui étaient saisis de l'affaire à avoir considéré nécessaire de traiter de la question de la réparation. Elle a dit à la page 323 R.C.S.:

J'aimerais examiner un autre point qui a manifestement préoccupé la Cour d'appel. Elle a jugé que, comme l'appellant ne s'était pas vu refuser un certificat en vertu du par. 143(1), il n'était pas en droit de soulever la validité de la Loi [TRANSCRIPTION] «dans l'abstrait». Si je comprends bien la pensée de la cour, il semblerait qu'aucun recours ne pourrait être exercé en vertu du par. 24(1) sur le fondement d'une invalidité législative en soi, mais uniquement sur le fondement d'un acte accompli en vertu de celle-ci. L'appellant aurait pu avoir recours aux brefs de prérogative s'il s'était vu refuser un certificat, mais la

⁵ Le juge en chef Dickson soulève un point semblable dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385, à la p. 784 R.C.S.

⁶ [1986] 2 R.C.S. 284; (1986), 31 D.L.R. (4th) 562; [1986] 6 W.W.R. 577; 28 C.C.C. (3d) 513; 25 C.R.R. 63; 69 N.R. 241, à la p. 323 R.C.S.

be brought in issue through a constitutional reference or an application for a declaratory judgment.

With respect, I think the Court must be in error in this regard. A remedy must be available under s. 24(1) if legislation is found under s. 52(1) to be inconsistent with the provisions of the Constitution. [Emphasis added.]

While the factual situation at bar differs from that in *Jones (supra)*, in that this plaintiff did commence an action for declaratory relief, and would thus likely avoid the qualification imposed by the Alberta Court of Appeal, I find particularly persuasive the dicta of Madame Justice Wilson to the effect that “A remedy must be available under s. 24(1) if legislation is found under s. 52(1) to be inconsistent with the provisions of the Constitution.”

In essence, the appellants' submission is that section 24 can only be used where there is a Charter infringement otherwise than by legislation. As noted by counsel for the respondent, the words “otherwise than by legislation” or other language of like import, are not to be found in section 24. In his submission, sections 24 and 52 do not conflict. I agree with this submission. However, it is also important to remember, as noted *supra*, that in the particular circumstances of this case, the constitutional infirmity of section 32 arises not from its inconsistency, but, rather, from its insufficiency. Accordingly, in this case, subsection 52(1) of the Charter is not engaged. There is no clear indication that one of the provisions was intended to be exhaustive or inclusive; therefore, both section 52 and section 24 *prima facie* operate.⁷ However, because of the underinclusive character of the legislation, section 52 cannot apply.

We were also invited by counsel for the respondent to consider remarks made by the Minister of Justice and Attorney General of Canada to the Special Joint Committee of Parliament on the Constitution of Canada on January 12, 1981 [at page 36:19]:

⁷ Compare: *Construction of Statutes*, 2nd ed., E. A. Driedger, at p. 235.

validité de la Loi ne pourrait être mise en cause que par renvoi constitutionnel ou demande de jugement déclaratoire.

Avec égards pour la Cour d'appel, je crois qu'elle a tort sur ce point. Il y a lieu à recours sur le fondement du par. 24(1) si la loi est jugée, en vertu du par. 52(1), incompatible avec les dispositions de la Constitution. [C'est moi qui souligne.]

Bien que les faits en l'espèce diffèrent de ceux en cause dans l'arrêt *Jones*, précité, en ce sens que le demandeur en l'espèce a demandé un jugement déclaratoire et qu'il échapperait donc vraisemblablement à la restriction faite par la Cour d'appel de l'Alberta, j'estime particulièrement persuasive la remarque incidente du juge Wilson selon laquelle «Il y a lieu à recours sur le fondement du par. 24(1) si la loi est jugée, en vertu du par. 52(1), incompatible avec les dispositions de la Constitution.»

Les appelantes font essentiellement valoir que l'article 24 ne peut être invoqué que lorsqu'il y a violation de la Charte autrement que par une mesure législative. Comme l'a souligné l'avocat de l'intimé, les mots «autrement que par une mesure législative» ou d'autres mots ayant le même sens ne se retrouvent pas à l'article 24. Selon lui, les articles 24 et 52 n'entrent pas en conflit; je partage cette opinion. Il est toutefois important de se souvenir, comme on l'a mentionné plus haut, que dans les circonstances particulières de l'espèce, la faiblesse de l'article 32, sur le plan constitutionnel, provient non pas de son incompatibilité, mais plutôt de son caractère insuffisant. Conséquemment, en l'espèce, le paragraphe 52(1) de la Charte n'entre pas en jeu. Il n'existe aucune indication évidente que le législateur entendait que l'une des dispositions soit exhaustive ou couvre toutes les situations. Par conséquent, l'article 52 aussi bien que l'article 24 s'appliquent à première vue⁷. Cependant, étant donné le caractère sélectif de la mesure législative, l'article 52 ne peut s'appliquer.

L'avocat de l'intimé nous a aussi engagés à considérer les remarques faites par le ministre de la Justice et procureur général du Canada devant le Comité mixte spécial de la Constitution du Canada, le 12 janvier 1981 [à la page 36:19]:

⁷ Comparer avec: *Construction of Statutes*, 2^e éd., E. A. Driedger, à la p. 235.

Remedies:

The Canadian Civil Liberties Association, the Canadian Jewish Congress, many members of this Committee and other witnesses expressed the strong view that the Charter requires a remedies section. This would ensure that the Courts could order specific remedies for breach of Charter rights.

I would be prepared to see a new section stating that:

Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers just and appropriate in the circumstances.

This would ensure that an appropriate remedy as determined by the courts would be afforded to anyone whose rights have been infringed whether through enactment of a law or by an action of a government official.

I am cognizant of the caveat articulated by Lamer J. in the *Re B.C. Motor Vehicle Act* case⁸ with respect to the Minutes of the Special Joint Committee. However, it is my opinion that the comments of the Minister of Justice *supra* clearly indicate an intention by the addition of section 24 to the Charter to afford an appropriate remedy to "anyone whose rights have been infringed whether through enactment of a law or by action of a government official". I think also that a court is entitled to look at Parliamentary Debates as aids to interpretation of the purpose or policy of Parliament.⁹ If this is permissible, then it seems to me that, similarly, the Court is entitled to attach some weight to such comments as those of the Minister of Justice and Attorney General *supra* made by him to the Special Joint Committee of Parliament. I have this view because of the reality that this Minister is the Minister charged with the responsibility of piloting the Constitution Act through the House of Commons.

For the foregoing reasons, then, I have concluded that the learned Trial Judge had jurisdiction under section 24 of the Charter to grant the relief embodied in the decision *a quo*.

⁸ [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266, at pp. 508-509 S.C.R.

⁹ See *Reg. v. Barnet London Borough Council Ex parte Nilish Shah*, [1983] 2 W.L.R. 16 (H.L.), at p. 30.

[TRADUCTION] Recours:

L'Association canadienne pour les libertés civiles et le Congrès juif canadien ont fortement insisté sur l'adjonction d'un article prévoyant un recours en cas de violation des droits.

a Toute personne victime de négation ou de violation de ses droits pourra ainsi s'adresser à un tribunal compétent et obtenir réparation.

Je serais favorable à ce que l'on ajoute un article qui se lirait ainsi:

b Toute personne, victime de violation ou de négation des droits et libertés qui lui sont garantis par la présente Charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

c Cette mesure permettra à tout individu de recevoir compensation et justice si ses droits ont été lésés par l'adoption d'une loi ou par une activité quelconque d'un fonctionnaire.

Je n'oublie pas la mise en garde qu'a faite le juge Lamer dans l'arrêt *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*⁸, à l'égard des procès-verbaux du Comité mixte spécial. Cependant, j'estime que les commentaires du ministre de la Justice, précités, indiquent clairement l'intention, par l'adjonction de l'article 24 de la Charte, d'offrir une réparation appropriée à «tout individu . . . si ses droits ont été lésés par l'adoption d'une loi ou par une activité quelconque d'un fonctionnaire». Je crois aussi qu'il est loisible à un tribunal de recourir aux débats du Parlement pour tenter de déceler les fins ou la politique de ce dernier⁹. Si cela est permis, il me semble donc que de la même façon il est loisible au tribunal d'attacher un certain poids à des commentaires comme ceux du ministre de la Justice et procureur général du Canada, précités, devant le Comité mixte spécial du Parlement. Je suis de cet avis, étant donné que ce ministre est précisément celui qui était chargé de guider la discussion sur la Loi constitutionnelle devant la Chambre des communes.

d Donc, pour les motifs qui précèdent, j'ai conclu que le juge de première instance avait compétence, en vertu de l'article 24 de la Charte, pour accorder la réparation visée dans la décision dont il est interjeté appel.

⁸ [1985] 2 R.C.S. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266, aux p. 508 et 509 R.C.S.

⁹ Voir: *Reg. v. Barnet London Borough Council Ex parte Nilish Shah*, [1983] 2 W.L.R. 16 (H.L.), à la p. 30.

2. The interface between subsections 24(1) and 52(1) when considered in the context of subsection 15(1)

The leading authority on section 15 of the Charter is the *Andrews* case.¹⁰ At page 170 S.C.R., Mr. Justice McIntyre stated:

The principle of equality before the law has long been recognized as a feature of our constitutional tradition and it found statutory recognition in the *Canadian Bill of Rights*. However, unlike the *Canadian Bill of Rights*, which spoke only of equality before the law, s. 15(1) of the *Charter* provides a much broader protection. Section 15 spells out four basic rights. (1) the right to equality before the law; (2) the right to equality under the law; (3) the right to equal protection of the law; and (4) the right to equal benefit of the law. The inclusion of these last three additional rights in s. 15 of the *Charter* was an attempt to remedy some of the shortcomings of the right to equality in the *Canadian Bill of Rights*.

Again at pages 170 and 171 S.C.R., he said:

It is readily apparent that the language of s. 15 was deliberately chosen in order to remedy some of the perceived defects under the *Canadian Bill of Rights*. The antecedent statute is part of the "linguistic, philosophic and historical context" of s. 15 of the *Charter*.

It is clear that the purpose of s. 15 is to ensure equality in the formulation and application of the law. The promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration. It has a large remedial component. Howland C.J. and Robins J.A. (dissenting in the result but not with respect to this comment) in *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513, attempt to articulate the broad range of values embraced by s. 15. The state at p. 554:

In our view, s. 15(1) read as a whole constitutes a compendious expression of a positive right to equality in both the substance and the administration of the law. It is an all-encompassing right governing all legislative action. Like the ideals of "equal justice" and "equal access to the law", the right to equal protection and equal benefit of the law now enshrined in the Charter rests on the moral and ethical principle fundamental to a truly free and democratic society that all persons should be treated by the law on a footing of equality with equal concern and respect.

In the quotation from the Ontario Court of Appeal in the *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513; 25 D.L.R. (4th) 1; 13 O.A.C. 241, reference is made to the

¹⁰ *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

2. L'interaction des paragraphes 24(1) et 52(1) pris dans le contexte du paragraphe 15(1)

L'arrêt de principe sur l'article 15 de la Charte est l'arrêt *Andrews*¹⁰. À la page 170 R.C.S., le juge McIntyre dit ce qui suit:

Le principe de l'égalité devant la loi est reconnu depuis longtemps comme un élément de notre tradition constitutionnelle et il a été consacré sous forme législative dans la *Déclaration canadienne des droits*. Cependant, contrairement à la *Déclaration canadienne des droits* qui ne parle que de l'égalité devant la loi, le par. 15(1) de la *Charte* offre une protection beaucoup plus large. L'article 15 énonce quatre droits fondamentaux: 1) le droit à ce que la loi s'applique également à tous; 2) le droit à ce que la loi ne fasse acception de personne, ou droit à l'égalité dans la loi; 3) le droit à la même protection de la loi, et 4) le droit au même bénéfice de la loi. L'inclusion de ces trois derniers droits supplémentaires à l'art. 15 de la *Charte* constituait une tentative de remédier à certaines faiblesses du droit à l'égalité contenu dans la *Déclaration canadienne des droits*.

Et de nouveau aux pages 170 et 171 R.C.S., il dit:

On constate facilement que l'art. 15 a été délibérément formulé de manière à remédier à certains défauts perçus dans la *Déclaration canadienne des droits*. La loi antérieure fait partie des «contextes linguistique, philosophique et historique» de l'art. 15 de la *Charte*.

Il est clair que l'art. 15 a pour objet de garantir l'égalité dans la formulation et l'application de la loi. Favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. Il comporte un aspect réparateur important. Dans l'arrêt *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513, le juge en chef Howland ainsi que le juge Robins (dissentent quant au résultat mais non quant à cette observation) tentent d'énoncer la vaste gamme des valeurs englobées par l'art. 15. Voici ce qu'ils affirment, à la p. 554:

[TRADUCTION] À notre avis, pris dans son ensemble, le par. 15(1) est une formulation concise d'un droit positif à l'égalité sur le plan du fond et de l'application de la loi. C'est un droit général qui régit toute l'action législative. Au même titre que les idéaux de «justice égalitaire» et «d'égalité d'accès à la loi», le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, maintenant enchâssé dans la Charte, repose sur le principe moral et éthique, fondamental dans une société vraiment libre et démocratique, que tous devraient être traités sur un pied d'égalité par la loi et avec le même respect.

Dans l'extrait de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513; 25 D.L.R. (4th) 1; 13 O.A.C. 241, mention

¹⁰ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

positive right to equality conferred by subsection 15(1). A mere declaration of invalidity is inadequate in the circumstances at bar, because it would not guarantee the positive right conferred pursuant to subsection 15(1). That positive right can only be guaranteed by the fashioning of a positive remedy. That is precisely what the learned Trial Judge attempted to do in the decision *a quo*. I find further support for this approach in the decision of the Supreme Court of Canada in the *Brooks* case.¹¹ That case was concerned with Safeway's Group Insurance Plan which disentitled pregnant women during a seventeen-week period from receiving accident or sickness benefits under the Plan. Safeway argued, *inter alia*, that the Plan was not discriminatory but merely underinclusive of the potential risks it could conceivably insure. The submission was that the decision to exclude pregnancy from the scope of the Plan was not a question of discrimination but was, rather, a question of deciding to compensate some risks and to exclude others. Chief Justice Dickson, writing the judgment of the Court, addressed this argument as follows (at page 1240 S.C.R.):

In Canada, as I have noted, discrimination does not depend on a finding of invidious intent. A further consideration militating against the application of the concept of underinclusiveness in this context, stems, in my view, from the effects of so-called "underinclusion". Underinclusion may be simply a backhanded way of permitting discrimination. Increasingly, employee benefit plans have become part of the terms and conditions of employment. Once an employer decides to provide an employee benefit package, exclusions from such schemes may not be made in a discriminatory fashion. Selective compensation of this nature would clearly amount to sex discrimination. Benefits available through employment must be disbursed in a non-discriminatory manner.

These comments by the Chief Justice of Canada are particularly apposite to the situation at bar. The consequence of the underinclusiveness in section 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* results in discrimination against a natural parent such as this respondent. In deciding that Safeway's Plan discriminated on the basis of sex, the Court allowed the appeal and remitted "the complaints of the appellants to the adjudicator for determination of the appropriate remedy pursuant to the *Manitoba Human Rights Act* [S.M. 1974, c. 65]." In other words, the Court in that case fashioned a

¹¹ *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; (1989), 59 D.L.R. (4th) 321; 94 N.R. 373.

est faite d'un droit positif à l'égalité conféré par le paragraphe 15(1). Une simple déclaration d'invalidité ne suffirait pas dans les circonstances de l'espèce, car elle ne garantirait pas le droit positif conféré en vertu du paragraphe 15(1). Ce droit positif ne peut être garanti que par l'octroi d'une réparation concrète. C'est précisément ce que le juge de première instance a tenté de faire dans la décision portée en appel. J'estime que ce point de vue se trouve aussi étayé par la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Brooks*¹¹. Cette affaire traitait du régime d'assurance collective de Safeway, qui refusait aux femmes enceintes les prestations d'invalidité pendant dix-sept semaines en vertu du régime d'assurance maladie et d'accidents de la société. Safeway a soutenu notamment que le régime ne créait pas de discrimination, mais qu'il était simplement limité en ce qu'il ne couvrirait pas tous les risques assurables. On a soutenu que la décision d'exclure la grossesse de la couverture du régime ne relevait pas de la discrimination, mais de la décision d'indemniser certains risques et d'en exclure d'autres. Le juge en chef Dickson, en rédigeant le jugement de la Cour, a dit ce qui suit sur cet argument (à la page 1240 R.C.S.):

Je l'ai déjà signalé, au Canada, l'existence de la discrimination ne dépend pas d'une constatation d'intention inique. Les effets de la couverture dite sélective militent contre l'application de la notion de couverture sélective dans ce contexte. La couverture sélective constitue peut-être simplement un moyen détourné de permettre la discrimination. Les avantages sociaux sont de plus en plus souvent intégrés dans les conditions de travail. Dès qu'un employeur décide de fournir un régime d'avantages sociaux, il ne peut pas faire d'exclusions de façon discriminatoire. Une indemnisation sélective de cette nature reviendrait clairement à de la discrimination fondée sur le sexe. Les avantages fournis dans le cadre de l'emploi doivent être fournis sans discrimination.

Ces remarques du juge en chef du Canada s'appliquent particulièrement à la situation en cause. Le caractère sélectif de l'article 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* se trouve à créer une discrimination contre un parent naturel comme l'intimé en l'espèce. En statuant que le régime de Safeway créait une discrimination fondée sur le sexe, la Cour a accueilli l'appel et elle a renvoyé «la plainte des appelants à l'arbitre pour qu'il fixe le redressement approprié en vertu de la *Loi sur les droits de la personne* [S.M. 1974, chap. 65] du Manitoba». En d'autres termes, le

¹¹ *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; (1989), 59 D.L.R. (4th) 321; 94 N.R. 373.

positive remedy in guarantee of a positive right. In similar fashion, the remedy given by the Trial Judge in this case, accomplishes a like result.

We were also referred to the decision of the British Columbia Court of Appeal in the *Hoogbruin* case.¹² In that case, the petitioners, both permanent residents and registered voters in British Columbia were temporarily absent while attending University in Ontario. During their absence from the province, a provincial election was held in British Columbia. They were unable to vote in that election because there was no provision in the *Election Act* [R.S.B.C. 1979, c. 103] for absentee voting. They applied for a declaration that their right to vote, as guaranteed by section 3 of the Charter, had been infringed. The Court of Appeal granted a declaration that, "in the court's view the right to vote as guaranteed by s. 3 of the Charter is denied to British Columbia registered voters where the sole reason they are unable to exercise their right to vote is that no procedural mechanism exists which would reasonably enable them to do so" [at page 723 D.L.R.]. At pages 722-723 D.L.R., the Court (Nemetz C.J.B.C., Aikins and Macdonald J.J.A.) stated:

Mr. Edwards, for the respondents, in urging that no remedial action be taken by this court, has raised the spectre of the danger of the court "subsuming or directing" the functions of the Executive or Legislature if a declaration were to be made. In our opinion there is no merit in this argument. If any law is inconsistent with the provisions of the Charter, it is the court's duty, to the extent of such inconsistency, to declare it to be of no force or effect (s. 52(1)).

Before the Charter, the courts could and did declare legislation invalid on division of powers grounds. When they did so, we know of no recent occasion when the legislative branch of government did not faithfully attempt to correct the impugned legislation. Likewise, when this court declares a statute or portion thereof to be "of no force and effect" where it is inconsistent with the Charter, it is for the Legislature to decide what remedial steps should be taken in view of the declaration. Section 24(1) of the Charter empowers the courts to grant citizens remedies where their guaranteed rights are infringed or denied. The Charter provides:

¹² *Re Hoogbruin et al. and Attorney-General of British Columbia et al.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 718; [1986] 2 W.W.R. 700; 70 B.C.L.R. 1 (C.A.).

tribunal a, dans ce cas, trouvé un redressement concret pour protéger un droit positif. De la même façon, la réparation accordée par le juge de première instance en l'espèce atteint ce résultat.

^a On a aussi fait référence à la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Hoogbruin*¹². Dans cette affaire, les requérants, tous deux résidents permanents et votants inscrits de la Colombie-Britannique étaient temporairement hors de cette province tandis qu'ils fréquentaient l'université en Ontario. Pendant leur absence, une élection provinciale a eu lieu en Colombie-Britannique, dans le cadre de laquelle il leur a été impossible de voter, la *Election Act* [R.S.B.C. 1979, chap. 103] de cette province ne prévoyant pas le vote des absents. Ils ont demandé un jugement déclaratoire portant que leur droit de vote, garanti par la Charte, avait été violé. La Cour d'appel a rendu un jugement déclaratoire dans lequel elle disait: [TRADUCTION] «la Cour estime que les votants inscrits de la Colombie-Britannique sont privés de leur droit de vote garanti à l'art. 3 de la Charte quand la seule raison pour laquelle ils ne peuvent exercer ce droit se trouve être l'absence d'un mécanisme procédural qui leur permettrait raisonnablement de voter» [à la page 723 D.L.R.]. Aux pages 722 et 723 D.L.R., la Cour (le juge Nemetz, juge en chef de la Colombie-Britannique, et les juges d'appel Aikins et Macdonald) a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] M. Edwards, en insistant au nom des intimés pour que la cour n'accorde aucun redressement, a agité le spectre du danger de voir le tribunal «s'arroger ou diriger» les fonctions de l'exécutif ou de la législature s'il devait rendre un jugement déclaratoire. À notre avis, cet argument n'est pas fondé. Lorsqu'une loi est incompatible avec les dispositions de la Charte, il est du devoir du tribunal, dans la mesure de cette incompatibilité, de la déclarer inopérante (par. 52(1)).

Avant la Charte, les tribunaux pouvaient déclarer et ont déclaré invalides des mesures législatives pour des motifs relevant du partage des pouvoirs. Lorsque cela s'est produit, nous ne connaissons aucune circonstance où l'organe législatif du gouvernement n'a pas fidèlement tenté de corriger la mesure législative contestée. De la même façon, lorsque cette cour déclare «inopérante» une loi, en tout ou en partie, en raison de son incompatibilité avec la Charte, il appartient à la législature de décider des mesures de redressement à prendre, compte tenu du jugement déclaratoire. Le paragraphe 24(1) de la Charte permet aux tribunaux d'accorder réparation à quiconque est victime de violation ou de négation de ses droits garantis. La Charte dit ce qui suit:

¹² *Re Hoogbruin et al. and Attorney-General of British Columbia et al.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 718; [1986] 2 W.W.R. 700; 70 B.C.L.R. 1 (C.A.).

24.(1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

It would be anomalous, indeed, if such powers were reserved only for cases where limitations are expressly enacted and not for cases where an unconstitutional limitation results because of omission in a statute. [Emphasis added.]

It is apparent from these reasons that the Court of Appeal of British Columbia was of the view that a court of competent jurisdiction is empowered pursuant to subsection 24(1) to provide a remedy to address the underinclusiveness of a statute.

Counsel for the respondent as well as counsel for the intervenor also relied on the *Blainey* case, a decision of the Ontario Court of Appeal.¹³ In *Blainey* the appellant was a twelve-year-old girl who had been prevented from playing on a boys' hockey team by the regulations of the Ontario Hockey Association and the Canadian Amateur Hockey Association. Section 1 of the Ontario *Human Rights Code, 1981* [S.O. 1981, c. 53] provides that:

1. Every person has a right to equal treatment with respect to services, goods and facilities, without discrimination because of race, ancestry, place of origin, colour, ethnic origin, citizenship, creed, sex, age, marital status, family status or handicap.

However, subsection 19(2) of that Code [rep. by S.O. 1986, c. 64, s. 18(12)] stated:

19. ...

(2) The right under section 1 to equal treatment with respect to services and facilities is not infringed where membership in an athletic organization or participation in an athletic activity is restricted to persons of the same sex.

The appellant applied for a declaration that subsection 19(2) of the Code is contrary to subsection 15(1) of the Charter. The majority of the Court of Appeal panel held that subsection 19(2) infringed section 15 of the Charter because its effect was to permit direct discrimination on the basis of gender. The majority held further that the subsection was not saved by section 1 of the Charter since it was

¹³ *Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 513; 24 D.L.R. (4th) 728; 14 O.A.C. 194 (C.A.). Leave to appeal to Supreme Court of Canada denied [[1986] 1 S.C.R. xii].

24.(1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Il serait certes anormal que ces pouvoirs ne puissent s'exercer que lorsque des restrictions ont été expressément édictées, à l'exclusion des circonstances où des restrictions inconstitutionnelles résultent d'omissions dans la loi. [C'est moi qui souligne.]

Il ressort de ces motifs que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique était d'avis qu'un tribunal compétent était habilité par le paragraphe 24(1) à offrir une réparation pour obvier au caractère sélectif d'une loi.

L'avocat de l'intimé ainsi que l'avocate de l'intervenant se sont également appuyés sur l'arrêt *Blainey* de la Cour d'appel de l'Ontario¹³. Dans cette affaire, l'appelante était une fille de douze ans qu'on avait empêchée de faire partie d'une équipe de hockey pour garçons en vertu des règlements de l'Ontario Hockey Association (Association de hockey de l'Ontario) et de la Canadian Amateur Hockey Association (Association canadienne de Hockey amateur). L'article premier du *Code des droits de la personne de l'Ontario* [L.O. 1981, chap. 53] porte:

1. Toute personne a droit à un traitement égal en matière de services, de biens ou d'installations, sans discrimination fondée sur la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la citoyenneté, la croyance, le sexe, l'âge, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap.

Toutefois, le paragraphe 19(2) de ce Code [abrogé par L.O. 1986, chap. 64, art. 18(12)] disait ceci :

[TRADUCTION] 19. ...

(2) Il n'y a pas eu violation du droit, que prévoit l'article 1, à un traitement égal en matière de services et d'installations lorsque l'adhésion à un organisme d'athlétisme ou la participation à une activité d'athlétisme est réservée uniquement aux personnes du même sexe.

L'appelante a conclu à un jugement déclarant que le paragraphe 19(2) du Code allait à l'encontre du paragraphe 15(1) de la Charte. La majorité de la formation de la Cour d'appel a statué que ce paragraphe 19(2) violait l'article 15 de la Charte, parce qu'il avait pour conséquence de permettre une discrimination directe fondée sur le sexe. La majorité a décidé en outre que ce paragraphe

¹³ *Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 513; 24 D.L.R. (4th) 728; 14 O.A.C. 194 (C.A.). Autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée [[1986] 1 R.C.S. xii].

an unreasonable limit on the right to the equal protection and equal benefit of the law. In *Blainey* the offending subsection was drafted as an exception to the general protection against discrimination conferred by section 1 of the Code. Hence, in that case, the relief sought by Ms. Blainey could be achieved through a declaration of invalidity in respect of subsection 19(2), pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982*, since the consequence of such a declaration would result in Ms. Blainey being afforded the general protection against discrimination as set out in section 1 of the Code. In other words the substantive effect of the declaration of invalidity in *Blainey* resulted in an extension to Ms. Blainey of the right to be free from discrimination as conferred pursuant to section 1 of the Code.

Both counsel noted that a similar result was achieved in the *Andrews* case *supra*. In *Andrews* the Supreme Court of Canada declared that the requirement in the *Barristers and Solicitors Act* of British Columbia [R.S.B.C. 1979, c. 26] that only a Canadian citizen may be called to the Bar of British Columbia is inconsistent with section 15 of the Charter and is, therefore, of no force and effect. In the submission of counsel, the consequence of this decision is that the Court has granted an extension to the applicant for admission to the bar by removing a constitutionally impermissible obstacle to that application. It is further submitted that the Court's jurisdiction to prescribe Charter remedies does not depend upon the way in which a legislative provision is drafted. For example, had section 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* been drafted in the reverse, i.e., by providing that child care benefits were available to all parents excepting those who were natural parents, appropriate relief could be given by striking out the exception under section 32 since natural parents would then be restored to a position of equality with all other parents. In reality, the learned Trial Judge did exactly that, since, by his order, he restored natural parents to a position of equality with all other parents. As put by counsel for the respondent:

n'était pas couvert par l'article premier de la Charte, puisqu'il s'agissait d'une restriction abusive du droit à la même protection et au même bénéfice de la loi. Dans l'affaire *Blainey*, la rédaction du paragraphe attaqué dénote une exception à la protection générale contre la discrimination, laquelle protection est prévue à l'article premier du Code. Donc, dans cette affaire, la réparation demandée par Mlle Blainey pouvait être accordée sous forme d'un jugement déclaratif d'invalidité du paragraphe 19(2), sous le régime de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, puisqu'un tel jugement déclaratoire aurait pour conséquence que Mlle Blainey bénéficierait de la protection générale contre la discrimination prévue à l'article premier du Code. Autrement dit, le jugement déclaratif d'invalidité dans l'affaire *Blainey* aurait, quant au fond, pour effet d'étendre à Mlle Blainey le droit d'être à l'abri de la discrimination conféré par l'article premier du Code.

Les deux avocats ont fait remarquer qu'un résultat semblable avait été atteint dans l'arrêt *Andrews* susmentionné. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a déclaré que la condition posée par la *Barristers and Solicitors Act* de la Colombie-Britannique [R.S.B.C. 1979, chap. 26] selon laquelle seul un citoyen canadien peut être inscrit au barreau de la Colombie-Britannique est incompatible avec l'article 15 de la Charte, et est donc inopérante. Selon la prétention des avocats, cette décision a pour conséquence que la Cour a étendu au requérant le droit d'être admis au barreau en aplanissant les obstacles à cette demande interdits par la Constitution. Il est allégué en outre que le pouvoir qu'a la Cour d'ordonner des réparations prévues à la Charte ne dépend pas de la façon dont une disposition législative est rédigée. Par exemple, si l'article 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* avait été rédigé en sens inverse, c'est-à-dire en prévoyant que les prestations de soin des enfants pouvaient être accordées à tous les parents à l'exclusion des parents naturels, on pourrait accorder une réparation convenable en radiant l'exception sous le régime de l'article 32, puisque les parents naturels seraient alors remplacés dans une position d'égalité par rapport aux autres parents. En réalité, c'est précisément ce que le juge de première instance a fait, puisque, par son ordonnance, il a ramené les parents naturels à une position d'égalité avec tous les autres parents. Comme l'a prétendu l'avocat de l'intimé:

It would otherwise be arbitrary and capricious to have such great substantive differences turn solely on stylistic differences in drafting. [Respondent's memorandum of fact and law, paragraph 64.]

Counsel for the intervenor stated (intervenor's memorandum of fact and law, paragraph 44):

... while a declaration of invalidity in this case would place natural and adoptive parents in the same position, it would not promote equality. Ensuring that groups or individuals have the same entitlement to no benefits is contrary to the purpose of the equality guarantee in section 15 and, produces only sameness, not equality.

In oral argument, she added that such a result amounted to "Equality with a vengeance" because of the punitive aspect of the result. She submitted that it was not possible to achieve the equality envisioned by section 15 simply by taking a benefit away from others.

I agree with the submissions of both counsel in this regard. In my view, the Canadian jurisprudence does not foreclose the use of section 24 in the circumstances of this case. To the contrary, my belief is that the preponderance of that jurisprudence supports the exercise of the Court's section 24 jurisdiction in a situation such as this.¹⁴ At page 636 S.C.R. of the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Rahey*,¹⁵ Mr. Justice La Forest, when discussing the "Interrelationship of Right and Remedy" in the context of the traditions of trial within a reasonable time, and the similar requirement contained in paragraph 11(b) of the Charter, stated:

What sets the *Charter* apart from this tradition is not solely its constitutional expression of the right, a right known to the common law, after all, for more than 750 years, but also the broad and flexible nature of the remedy it provides for its breach. In other words, it is not only the fact that the right is constitutionally enshrined that requires us to look at it afresh, but that it is reaffirmed in the context of an entirely novel procedural mechanism, one which was obviously intended to be used with flexibility and imagination. Courts, therefore, can no longer treat existing remedies as defining the scope of the right.

¹⁴ In addition to cases analyzed *supra*, I refer to the case of *Addy v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 452; (1985), 22 D.L.R. (4th) 52; 8 C.C.E.L. 13; 5 C.P.C. (2d) 127; 19 C.R.R. 193 (T.D.) and *R. v. Punch*, [1985] N.W.T.R. 373; [1986] 1 W.W.R. 592; 22 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 374; 18 C.R.R. 74 (S.C.).

¹⁵ [1987] 1 S.C.R. 588; (1987), 78 N.S.R. (2d) 183; 39 D.L.R. (4th) 481; 193 A.P.R. 183; 33 C.C.C. (3d) 289; 57 C.R. (3d) 289; 75 N.R. 81.

[TRADUCTION] Il serait par ailleurs arbitraire de faire dépendre ces grandes différences de fond uniquement des différences stylistiques dans la rédaction. [Exposé des faits et du droit de l'intimé, paragraphe 64.]

L'avocate de l'intervenant s'est exprimée en ces termes (exposé des faits et du droit de l'intervenant, paragraphe 44):

[TRADUCTION] ... bien qu'un jugement déclaratif d'invalidité en l'espèce puisse placer les parents naturels et les parents adoptifs dans la même situation, il ne favoriserait pas pour autant l'égalité. S'assurer que des groupes ou des particuliers ont le même droit négatif pour ce qui est des prestations va à l'encontre du but de la garantie d'égalité visé par l'article 15 et ne donne lieu qu'à la similitude et non à l'égalité.

Dans son argumentation orale, elle a ajouté qu'un tel résultat équivalait à une [TRADUCTION] «égalité assortie de vengeance» en raison de l'aspect punitif du résultat. Elle a fait valoir qu'il n'était pas possible d'atteindre l'égalité visée à l'article 15 simplement en enlevant une prestation à d'autres.

Je suis d'accord avec les arguments des deux avocats à cet égard. À mon avis, la jurisprudence canadienne n'exclut pas le recours à l'article 24 dans les circonstances de l'espèce. Au contraire, j'estime que la prépondérance de cette jurisprudence étaye l'exercice du pouvoir que la Cour tient de l'article 24 dans une situation comme l'espèce¹⁴. À la page 636 R.C.S. de l'arrêt *R. c. Rahey*¹⁵ de la Cour suprême du Canada, le juge La Forest, lors de la discussion de la «Corrélation entre le droit et la réparation» dans le contexte des traditions de la tenue d'un procès dans un délai raisonnable, et de l'exigence semblable figurant à l'alinéa 11(b) de la Charte, s'est prononcé en ces termes:

Ce qui distingue la *Charte* de cette tradition, c'est non seulement l'expression constitutionnelle du droit, un droit qui, après tout, est connu en *common law* depuis plus de 750 ans, mais également la nature générale et souple de la réparation qu'elle prévoit pour sa violation. En d'autres termes, c'est non seulement le fait que le droit est enchâssé dans la Constitution qui nous oblige à l'examiner à nouveau, mais c'est qu'il a été réaffirmé dans le contexte d'un mécanisme de procédure entièrement nouveau, qui était évidemment destiné à être utilisé avec souplesse et imagination. Par conséquent, les tribunaux ne

¹⁴ En plus des décisions analysées ci-dessus, je cite les affaires *Addy c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 452; (1985), 22 D.L.R. (4th) 52; 8 C.C.E.L. 13; 5 C.P.C. (2d) 127; 19 C.R.R. 193 (1^{re} inst.) et *R. v. Punch*, [1985] N.W.T.R. 373; [1986] 1 W.W.R. 592; 22 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 374; 18 C.R.R. 74 (C.S.).

¹⁵ [1987] 1 R.C.S. 588; (1987), 78 N.S.R. (2d) 183; 39 D.L.R. (4th) 481; 193 A.P.R. 183; 33 C.C.C. (3d) 289; 57 C.R. (3d) 289; 75 N.R. 81.

In effect the *Charter* places the guarantee of trial within a reasonable time in a procedural context that empowers the courts to give full meaning to it for the first time.

At page 648 S.C.R. he said:

Remedy

As I have repeatedly indicated, a court of competent jurisdiction is free to employ the full discretion conferred on it by s. 24(1) of the *Charter* in choosing a remedy for breach of the right to trial within a reasonable time. That choice as McIntyre J. explains in the passage cited earlier will depend on all the circumstances. The *Charter* clearly tells us that the remedy to be given is that which "the court considers appropriate and just in the circumstances".

Both of these quotations reinforce my view that the Court is empowered to use its section 24 powers with "flexibility" and "imagination" and is free to employ a full discretion in the exercise of those powers.

Mr. Justice McIntyre, in *Mills v. The Queen*,¹⁶ also makes a persuasive case for the breadth of the jurisdiction conferred pursuant to section 24:

It is difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion. It is impossible to reduce this wide discretion to some sort of binding formula for general application in all cases, and it is not for appellate courts to pre-empt or cut down this wide discretion... the circumstances will be infinitely variable from case to case and the remedy will vary with the circumstances.

As noted in the jurisprudence discussed *supra*, our courts have granted positive remedies, varying those remedies to fit the circumstances present in each particular case. In my opinion, and for all of the reasons given *supra*, the learned Trial Judge, in this case, did not err in his exercise of the discretion conferred upon him pursuant to section 24.

¹⁶ [1986] 1 S.C.R. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 67 N.R. 241, at pp. 965-966 S.C.R.

peuvent plus considérer que les formes de réparation existantes définissent la portée du droit. En effet, la *Charte* situe la garantie de la tenue d'un procès dans un délai raisonnable dans un contexte de procédure qui permet aux tribunaux de lui donner tout son sens pour la première fois.

À la page 648 R.C.S., il a déclaré:

b Réparation

Comme je l'ai indiqué à maintes reprises, un tribunal compétent est libre d'utiliser le pouvoir discrétionnaire complet que lui confère le par. 24(1) de la *Charte* pour choisir une réparation relativement à la violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Ce choix, comme le juge McIntyre l'explique dans le passage cité précédemment, dépend de toutes les circonstances. La *Charte* précise clairement que la réparation qui doit être accordée est celle «que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances».

Ces deux citations renforcent mon point de vue selon lequel la Cour peut utiliser avec «souplesse» et «imagination» les pouvoirs qu'elle tient de l'article 24, et est libre de faire pleinement usage de sa discrétion dans l'exercice de ces pouvoirs.

Dans l'arrêt *Mills c. La Reine*¹⁶, le juge McIntyre présente également un argument convaincant sur la portée du pouvoir conféré par l'article 24:

Il est difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu. Ce large pouvoir discrétionnaire n'est tout simplement pas réductible à une espèce de formule obligatoire d'application générale à tous les cas, et les tribunaux d'appel ne sont nullement autorisés à s'approprier ce large pouvoir discrétionnaire ni à en restreindre la portée... mais les circonstances varieront de façon infinie d'un cas à l'autre et la réparation accordée variera en conséquence.

Ainsi qu'il a été noté dans la jurisprudence discutée ci-dessus, nos tribunaux ont accordé des réparations concrètes, modifiant ces réparations pour les adapter aux circonstances de chaque cas particulier. À mon avis, et pour tous les motifs invoqués ci-dessus, le juge de première instance n'a, en l'espèce, commis aucune erreur dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 24.

¹⁶ [1986] 1 R.C.S. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 67 N.R. 241, aux p. 965 et 966 R.C.S.

3. The role of the judiciary where the granting of a Charter remedy results in a judicial amendment to the legislation and results, as well, in the appropriation of public funds for a purpose not authorized by Parliament

(a) Judicial amendment

The appellants submit that the Charter has not transferred to the courts the power to rewrite or amend legislation in order to bring it into accord with the Charter. In the submission of counsel "it remains the responsibility of Parliament to select among the constitutionally permissible policy options and enact legislation which meets the Charter's requirements" (appellants' memorandum of fact and law, paragraph 43). On this basis then, it is the view of the appellants that the Trial Judge "overstepped the proper judicial function by selecting and imposing a legislative scheme to replace that found constitutionally defective" (appellants' memorandum of fact and law, paragraph 44).

I have problems with this submission. Such an approach ignores the existence of section 33 of the Charter¹⁷ which specifically preserves parliamentary supremacy concerning the rights enunciated in section 2, as well as in sections 7 to 15 of the Charter. It should be kept in mind that constitutional supremacy (including the Charter) was imposed on the legislators by the legislators, after a full airing in the political arena, the media and

¹⁷ Section 33 reads:

33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).

3. Le rôle des tribunaux lorsque l'octroi d'une réparation prévue à la Charte entraîne la modification judiciaire de la loi et entraîne également l'affectation de fonds publics à une fin non autorisée par le législateur

a) Modification judiciaire

Les appelantes soutiennent que la Charte n'a pas transféré aux tribunaux le pouvoir de réécrire ou de modifier la loi pour qu'elle s'accorde avec la Charte. Selon leur avocat, [TRADUCTION] «il incombe au législateur de faire un choix parmi les options d'orientation constitutionnellement permises et de promulguer une loi qui corresponde aux exigences de la Charte». (exposé des faits et du droit des appelantes, paragraphe 43). Fortes de cet argument, les appelantes estiment que le juge de première instance a [TRADUCTION] «outrépassé la fonction judiciaire régulière en choisissant et en imposant un cadre législatif pour remplacer celui déclaré défectueux sur le plan constitutionnel» (exposé des faits et du droit des appelantes, paragraphe 44).

Cet argument me pose des problèmes. Une telle approche ne tient pas compte de l'existence de l'article 33 de la Charte¹⁷ qui préserve expressément la suprématie parlementaire concernant les droits énoncés à l'article 2 ainsi qu'aux articles 7 à 15 de la Charte. On devrait se rappeler que cette suprématie constitutionnelle (y compris la Charte) a été imposée aux législateurs par les législateurs, après une pleine discussion dans l'arène politique,

¹⁷ L'article 33 porte:

33. (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.

(2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte.

(3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur.

(4) Le Parlement ou une législature peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1).

(5) Le paragraphe (3) s'applique à toute déclaration adoptée sous le régime du paragraphe (4).

the courts. In the *Skapinker*¹⁸ case, Mr. Justice Estey described the role of the courts *vis-à-vis* the Charter as follows:

We are here engaged in a new task, the interpretation and application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. . . . This is not a statute or even a statute of the extraordinary nature of the *Canadian Bill of Rights*. . . . It is a part of the constitution of a nation adopted by constitutional process which, in the case of Canada in 1982, took the form of a statute of the Parliament of the United Kingdom. The adoptive mechanisms may vary from nation to nation. They lose their relevancy or shrink to mere historical curiosity value on the ultimate adoption of the instrument as the Constitution. The *British North America Act* of 1867 was such a law In the interpretation and application of this document the Judicial Committee of the Privy Council . . . said: "The British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits."

The *Charter* comes from neither level of the legislative branches of government but from the Constitution itself. It is part of the fabric of Canadian law. Indeed, it "is the supreme law of Canada" The fine and constant adjustment process of these constitutional provisions is left by a tradition of necessity to the judicial branch. Flexibility must be balanced with certainty. The future must, to the extent foreseeably possible, be accommodated in the present With the *Constitution Act, 1982* comes a new dimension, a new yardstick of reconciliation between the individual and the community and their respective rights, a dimension which, like the balance of the Constitution, remains to be interpreted and applied by the Court.

Keeping in mind the principles enunciated by Mr. Justice Estey *supra*, I turn now to the circumstances in the case at bar. The consequence of a declaration of invalidity pursuant to subsection 52(1) is to deprive adoptive parents of the child care benefits granted to them pursuant to section 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*. Such a result is just as much a judicial amendment as the remedy proposed by the Trial Judge. Bearing in mind the view of the Supreme Court of Canada that the proper approach to the granting of Charter remedies should be both flexible and functional¹⁹ and that a purposive approach should be applied to the administration of Charter remedies as well as in the interpretation of Charter

dans les médias et devant les tribunaux. Dans l'arrêt *Skapinker*¹⁸, le juge Estey a décrit le rôle des tribunaux vis-à-vis de la Charte:

En l'espèce, nous sommes appelés à remplir une tâche nouvelle, savoir interpréter et appliquer la *Charte canadienne des droits et libertés* Il ne s'agit pas d'une loi ordinaire ni même d'une loi de nature exceptionnelle comme la *Déclaration canadienne des droits* Il s'agit d'une partie de la constitution d'un pays adoptée selon un processus constitutionnel qui, dans le cas du Canada en 1982, a revêtu la forme d'une loi du Parlement du Royaume-Uni. Les mécanismes d'adoption peuvent varier d'un pays à l'autre. Ils perdent leur importance ou sont relégués au seul rang de fait historique lors de l'adoption définitive du texte qui sert de constitution. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867 était un tel texte de loi Quant à l'interprétation et à l'application de ce texte, le Comité judiciaire du Conseil privé . . . a affirmé: [TRADUCTION] «L'Acte de l'Amérique du Nord britannique a planté au Canada un arbre susceptible de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles.»

d La *Charte* ne tire pas son origine de l'un ou l'autre niveau de compétence législative du gouvernement, mais de la Constitution elle-même. Elle appartient au fond même du droit canadien. En réalité, elle est «la loi suprême du Canada» Le processus délicat et constant d'ajustement de ces dispositions constitutionnelles est traditionnellement laissé, par nécessité, au pouvoir judiciaire. Il faut maintenir l'équilibre entre la souplesse et la certitude. Il faut, dans la mesure où il est possible de le prévoir, s'adapter dès à présent aux situations futures La *Loi constitutionnelle de 1982* apporte une nouvelle dimension, un nouveau critère d'équilibre entre les individus et la société et leurs droits respectifs, une dimension qui, comme l'équilibre de la Constitution, devra être interprétée et appliquée par la Cour.

Gardant à l'esprit les principes énoncés par le juge Estey ci-dessus, j'aborde maintenant les faits de l'espèce présente. Un jugement déclaratif d'invalidité en vertu du paragraphe 52(1) a pour conséquence de priver les parents adoptifs des prestations de soin des enfants que leur accorde l'article 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. Un tel résultat, tout comme la réparation proposée par le juge de première instance, équivaut à une modification judiciaire. Compte tenu du point de vue de la Cour suprême du Canada selon lequel l'octroi des réparations prévues à la Charte devrait répondre à une démarche souple et fonctionnelle¹⁹, et qu'il faut tenir compte de l'objet visé en appliquant les réparations fondées sur la Charte et en inter-

¹⁸ *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; (1984), 9 D.L.R. (4th) 161; 3 O.A.C. 321; 11 C.C.C. (3d) 481; 53 N.R. 169, at pp. 365-367 S.C.R.

¹⁹ *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at pp. 894-905 per Lamer J.

¹⁸ *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; (1984), 9 D.L.R. (4th) 161; 3 O.A.C. 321; 11 C.C.C. (3d) 481; 53 N.R. 169, aux p. 365 à 367 R.C.S.

¹⁹ *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, aux p. 894 à 905, le juge Lamer.

rights,²⁰ I have the view that the remedy provided in this case is just and appropriate in the particular circumstances of this case. In my view, underinclusive legislation invites a remedy extending benefits. The right to equality of result enshrined pursuant to section 15 will be meaningless unless positive relief is provided in cases of underinclusive provisions such as those to be found in section 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*. In these circumstances, section 24 clearly contemplates and sanctions the kind of remedy provided herein by the Trial Judge. The remedy granted represents a rational and reasonable “reconciliation between the individual and the community” as envisaged by Estey J. in *Skapinker supra*. The Charter deals with the protection of existing rights. The judgment of the Trial Division protects the existing rights of the respondent and others like him. On the other hand, the judgment proposed by the appellants will not protect those existing rights. Accordingly I think the remedy prescribed is constitutionally permissible.

Furthermore, the judgment of the Trial Division merely provides a temporary remedy, leaving it to “Parliament to remedy the situation in accordance with the Charter, either by extending similar benefits to natural parents, or by eliminating the benefits given to adoptive parents, or by some provision of more limited benefits on an equal basis to both adoptive and natural parents in respect of child-care” (at page 544 F.C.). The remedy given by Mr. Justice Strayer does not in any way impinge on Parliament’s prerogative to choose amongst constitutionally valid policy options in enacting legislation which conforms to the requirements of the Charter. Since the remedy here is a temporary one, it is unlikely that Parliament would find it necessary to rely upon section 33 of the Charter. For the foregoing reasons then, I am unable to agree with the submissions of the appellants on this issue.

²⁰ *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; (1988), 31 O.A.C. 81; 45 C.C.C. (3d) 204; 66 C.R. (3d) 193; 89 N.R. 161 at p. 641 S.C.R. per Wilson J.

prétant les droits qu’elle garantit²⁰, j’estime que la réparation donnée en l’espèce est juste et convenable compte tenu de ses faits particuliers. À mon avis, une loi qui ne couvre pas toutes les situations invite à une réparation qui consiste dans l’extension de prestations. Le droit à l’égalité quant aux résultats, reconnu par l’article 15, n’aura pas de sens à moins qu’une réparation concrète ne soit fournie en cas de dispositions qui ne couvrent pas toutes les situations comme celles qu’on trouve à l’article 32 de la *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage*. Dans ces circonstances, l’article 24 envisage et sanctionne clairement le genre de réparation que le juge de première instance a accordé en l’espèce. La réparation accordée représente un raisonnable «équilibre entre les individus et la société» envisagé par le juge Estey dans l’arrêt *Skapinker* susmentionné. La Charte porte sur la protection des droits existants. Le jugement de première instance protège les droits existants de l’intimé et d’autres personnes comme lui. D’autre part, le jugement proposé par les appelantes ne protégera pas ces droits existants. En conséquence, j’estime que la réparation prescrite est constitutionnellement permise.

D’autre part, le jugement de la Section de première instance ne prévoit qu’une réparation temporaire, laissant au «législateur le soin de remédier à la situation conformément à la Charte, soit en étendant de semblables prestations aux parents naturels, soit en éliminant les prestations accordées aux parents adoptifs, soit en prévoyant des prestations plus restreintes dont bénéficieraient également les parents tant adoptifs que naturels à l’égard du soin des enfants» (à la page 544 C.F.). La réparation accordée par le juge Strayer n’affecte nullement la prérogative du législateur de faire un choix parmi les options d’orientation constitutionnellement valides en adoptant une loi qui corresponde aux exigences de la Charte. Puisque la réparation accordée en l’espèce est de nature temporaire, il est peu probable que le législateur juge nécessaire d’invoquer l’article 33 de la Charte. Par ces motifs, je ne saurais être d’accord avec les prétentions des appelantes à cet égard.

²⁰ *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; (1988), 31 O.A.C. 81; 45 C.C.C. (3d) 204; 66 C.R. (3d) 193; 89 N.R. 161, à la p. 641 R.C.S., le juge Wilson.

(b) The appropriation of public funds for a purpose not authorized by Parliament

It is the submission of the appellants that the relief granted by the learned Trial Judge represents an invasion of the fiscal preserve of Parliament in that the relief granted results in the appropriation of public funds to pay the judicially extended benefits. In the view of the appellants, the power to exact taxes and to disburse revenues falls within the exclusive province of Parliament. In their view, the Court must respect Parliament's constitutional authority over the public purse.

In my view, this proposition is not supported by the jurisprudence. In the case of *R. v. Rowbotham et al.*,²¹ the Ontario Court of Appeal (Martin, Cory and Grange J.J.A.) ordered a remedy under subsection 24(1) of the Charter which involved the expenditure of public funds. At page 371 O.A.C., the Court said:

To sum up: where the trial judge finds that representation of an accused by counsel is essential to a fair trial, the accused, as previously indicated, has a constitutional right to be provided with counsel at the expense of the state if he or she lacks the means to employ one. Where the trial judge is satisfied that an accused lacks the means to employ counsel, and that counsel is necessary to ensure a fair trial for the accused, a stay of the proceedings until funded counsel is provided is an appropriate remedy under s. 24(1) of the Charter where the prosecution insists on proceeding with the trial in breach of the accused's Charter right to a fair trial. It is unnecessary in this case to decide whether the trial judge in those circumstances would also be empowered to direct that Legal Aid or the appropriate Attorney General pay the fees of counsel.

Likewise, in the case of *Marchand v. Simcoe County Board of Education et al.*,²² Sirois J. of the Ontario High Court of Justice, after finding that the plaintiff's constitutional rights to minority language education had been denied, declared pursuant to subsection 24(1) of the Charter, that the plaintiff and those whom he represents have a right under section 23 of the Charter to have their children receive secondary school instruction in the French language in French language educational

b) L'affectation de fonds publics à une fin non autorisée par le législateur

Les appelantes font valoir que la réparation accordée par le juge de première instance constitue une invasion du domaine fiscal qui est l'apanage du législateur, en ce sens qu'elle donne lieu à l'affectation de fonds publics au versement de prestations dont l'extension a été ordonnée par le tribunal. Selon les appelantes, le pouvoir d'exiger des impôt et de déboursier les recettes relève de la compétence exclusive du législateur. Elles estiment donc que la Cour doit respecter le pouvoir constitutionnel du législateur sur le trésor public.

J'estime que cette proposition n'est pas étayée par la jurisprudence. Dans l'affaire *R. v. Rowbotham et al.*,²¹ la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Martin, Cory et Grange, J.C.A.) a ordonné une réparation en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte qui nécessitait l'utilisation de fonds publics. À la page 371 O.A.C., la Cour s'est prononcée en ces termes:

[TRADUCTION] En bref, lorsque le juge de première instance constate que la représentation d'un accusé par avocat s'impose pour garantir un procès équitable, l'accusé, ainsi qu'il a été indiqué, tient de la constitution le droit de se faire assister par avocat aux frais de l'État s'il n'a pas les moyens d'en retenir un. Lorsque le juge de première instance est convaincu qu'un accusé n'a pas les moyens de retenir les services d'un avocat et que la présence de celui-ci est nécessaire pour garantir un procès équitable pour l'accusé, une suspension d'instance jusqu'à la constitution d'un avocat payé par l'État est une réparation convenable sous le régime du par. 24(1) de la Charte lorsque la poursuite insiste pour que le procès ait lieu en violation du droit de l'accusé, que prévoit la Charte, à un procès équitable. En l'espèce, il est inutile de décider si le juge de première instance serait, dans ces circonstances, également autorisé à ordonner que l'Aide juridique ou le procureur général compétent paye les honoraires d'avocat.

De même, dans l'affaire *Marchand v. Simcoe County Board of Education et al.*,²² le juge Sirois de la Haute Cour de justice de l'Ontario, après avoir conclu que les droits constitutionnels du demandeur à l'instruction dans la langue de la minorité avaient été niés, s'est fondé sur le paragraphe 24(1) de la Charte pour déclarer que le demandeur et ceux qu'il représente tiennent de l'article 23 de la Charte le droit de faire instruire leurs enfants, au niveau secondaire, en français

²¹ (1988), 25 O.A.C. 321; 41 C.C.C. (3d) 1; 63 C.R. 113.

²² (1986), 55 O.R. (2d) 638; 29 D.L.R. (4th) 596; 25 C.R.R. 139 (H.C.), at pp. 661 to 663 O.R.

²¹ (1988), 25 O.A.C. 321; 41 C.C.C. (3d) 1; 63 C.R. 113.

²² (1986), 55 O.R. (2d) 638; 29 D.L.R. (4th) 596; 25 C.R.R. 139 (H.C.), aux p. 661 à 663 O.R.

facilities provided out of public funds. It should also be kept in mind that in the *Singh* case *supra*, the Supreme Court of Canada, in ordering that the refugee claims of the appellants be remanded to the Immigration Appeal Board for a full oral hearing in each case was prescribing a remedy that resulted in a substantial expenditure of public funds not authorized by Parliament.

Furthermore, as noted by counsel for the intervenor, the remedy suggested by the appellants, namely a declaration of invalidity pursuant to subsection 52(1) will likewise impact upon the public purse in that such a result would save the Government of Canada monies heretofore payable as child care benefits under section 32 to adoptive parents. If a positive result is constitutionally invalid for this reason, then surely a negative result would, likewise be impermissible.

In my view, section 24 does empower a court to extend benefits to groups aggrieved by an exclusion of benefits. Such an extension of benefits appears to be the only remedy which respects the purposive nature of the Charter while at the same time giving effect to the equality rights enshrined in section 15 of the Charter. Since in these circumstances extension appears to be the only remedy that is "appropriate and just", I think it to be permissible even though the remedy granted does result in the appropriation of funds not authorized by Parliament.

CONCLUSION

In conclusion, since I have not been persuaded, for all of the reasons advanced herein, that the learned Trial Judge was in error in his disposition of the issues raised by this appeal nor in his judgment dated August 30, 1988, it follows that the appeal should be dismissed. In so far as the costs of the appeal are concerned, I agree with Mr. Justice Mahoney that the respondent Schachter should be allowed his party and party costs of the appeal.

STONE J.A.: I agree.

* * *

dans des établissements d'enseignement de langue française financés sur les fonds publics. Il faudrait se rappeler également que dans l'arrêt *Singh* susmentionné, la Cour suprême du Canada, en ordonnant de renvoyer les revendications du statut de réfugié des appelants à la Commission d'appel de l'immigration pour qu'elle tienne une audition complète dans chaque cas, a prescrit une réparation qui a donné lieu à une utilisation importante des fonds publics non autorisée par le législateur.

De plus, ainsi que l'a fait remarquer l'avocate de l'intervenant, la réparation proposée par les appelantes, à savoir un jugement déclaratif d'invalidité en vertu du paragraphe 52(1) va également affecter le trésor public en ce sens qu'un tel résultat épargnerait au gouvernement du Canada les sommes d'argent jusqu'ici payables, à titre de prestations de soin des enfants sous le régime de l'article 32, aux parents adoptifs. Si un résultat positif est constitutionnellement nul pour cette raison, assurément un résultat négatif serait également interdit.

À mon avis, un tribunal tient effectivement de l'article 24 le pouvoir d'étendre des prestations à des groupes lésés par une exclusion de prestations. Une telle extension de prestations semble être la seule réparation qui soit conforme à la nature téléologique de la Charte tout en donnant effet aux droits à l'égalité reconnus à l'article 15 de la Charte. Puisque, dans les circonstances, l'extension semble être la seule réparation qui soit «convenable et juste», j'estime qu'elle est permise quand bien même elle donnerait lieu à l'affectation de fonds non autorisée par le législateur.

CONCLUSION

En conclusion, puisque je ne suis pas persuadé, pour tous les motifs invoqués en l'espèce, que le juge de première instance a eu tort dans sa décision sur les questions soulevées par le présent appel et dans son jugement en date du 30 août 1988, il s'ensuit que le présent appel devrait être rejeté. Pour ce qui est des dépens de l'appel, je conviens avec le juge Mahoney qu'on devrait accorder à Schachter ses frais entre parties de l'appel.

LE JUGE STONE, J.C.A.: J'y souscris.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MAHONEY J.A. (*dissenting*): This appeal from a reported decision of Mr. Justice Strayer, [1988] 3 F.C. 515, raises, in stark terms, a fundamental constitutional question. That is whether a competent court, when it has found legislation to be inconsistent with a provision of the Constitution of Canada, has the power to grant a remedy which trespasses upon Parliament's jurisdiction to legislate and, in the present circumstances at least, to appropriate monies. The legislation which was found inconsistent with section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, because it did not accord natural parents equal benefit of the law, is section 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, now section 20, R.S.C., 1985, c. U-1. It entitles adoptive parents, but not natural parents, to child-care benefits. The learned Trial Judge devised a remedy under section 24 of the Charter which entitles natural parents to the same child-care benefits and requires the disbursement of public monies in circumstances Parliament has not provided for.

The precise wording of the impugned legislation and the judgment below are not critical to these reasons. They are, nevertheless, set out in the Appendix.

Only one aspect of the order, other than the power to make it at all, was raised on appeal. That was the inclusion of the provision whereby natural mothers' entitlement to the child-care benefits under section 32 should not be abated by their entitlement to maternity benefits otherwise provided for. I see no discrete error in that. The amendment to the prayer for relief allowed at trial, A.B. XIV, pages 2032 ff., introduced the interaction of child-care and maternity benefits into the pleadings. While the respondent Schachter could himself have no entitlement to maternity benefits, the interaction necessarily came into play once the Charter contravention was established, there being

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

LE JUGE MAHONEY, J.C.A. (*dissent*): Le présent appel, qui est interjeté d'une décision de M. le juge Strayer rapportée à [1988] 3 C.F. 515, soulève, de façon nette et directe, une question constitutionnelle fondamentale. Cette question est celle de savoir si un tribunal compétent, après avoir conclu à l'incompatibilité d'une disposition législative avec la Constitution du Canada, est habilité à accorder une réparation qui empiète sur la compétence du Parlement de légiférer et, à tout le moins dans les circonstances de l'espèce, d'affecter des sommes d'argent. La disposition législative en cause est l'article 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, à présent l'article 20, L.R.C. (1985), chap. U-1; elle a été jugée incompatible avec l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* au motif qu'elle n'accordait pas le même bénéfice de la loi aux parents naturels. Cet article permet aux parents adoptifs, mais non aux parents naturels, de recevoir des prestations pour le soin des enfants. S'autorisant de l'article 24 de la Charte, le juge de première instance a élaboré une réparation qui accorde les mêmes prestations pour le soin des enfants aux parents naturels, et qui exige un déboursement de deniers publics dans des circonstances non prévues par le Parlement.

Le libellé même de la disposition contestée et du jugement porté en appel n'ont pas une importance décisive pour les présents motifs. Ces textes figurent néanmoins dans l'annexe qui s'y trouve jointe.

Outre le pouvoir même de rendre l'ordonnance, un seul de ses aspects a été soulevé dans l'appel: l'inclusion de la disposition selon laquelle le droit des mères naturelles à des prestations pour le soin des enfants prévu à l'article 32 ne devrait pas être annulé par le droit aux prestations de maternité qui leur est par ailleurs accordé. Cette disposition ne m'apparaît comporter aucune erreur distincte. La modification des conclusions autorisées au procès (dossier d'appel, volume XIV, aux pages 2032 et suivantes) a introduit l'interaction des prestations de soins aux enfants et de maternité dans les actes de procédure. Bien que l'intimé Schachter ne pût lui-même avoir droit à des prestations de maternité, cette interaction est nécessairement entrée en jeu une fois la violation de la Charte établie, puisqu'il n'existait aucune distinc-

no constitutionally supportable distinction between fathers and mothers in the context of child-care benefits.

Aside from that, none of the matters actually dealt with by the learned Trial Judge are seriously in issue. He found, and it is now conceded, that section 32 denies by discrimination equal benefit of the law to natural parents. It is not contended that the order made, if it could be made at all, is not a just and appropriate remedy. Among the remedies sought in the alternative was a declaration that section 32 is invalid and of no force and effect with the proviso that it remain in force for a period to permit remedial legislation, A.B. I, page 6.

The appellants say that when legislation is found to be inconsistent with the Constitution which, of course, includes the Charter, it must, by section 52 of the *Constitution Act, 1982*, be held to be of no force and effect. That, in their submission, is the end of the matter. It is up to Parliament to enact legislation that does not offend the Constitution. The Court is without jurisdiction to invoke section 24 of the Charter and devise a remedy that extends the benefit of the law to those whom Parliament has omitted, whether by design or oversight. That argument, if put to the learned Trial Judge, was not dealt with. He did not consider whether he was obliged to make the declaration urged by the appellants although he certainly considered it an option and rejected it.

The respondents do not deny that a declaration of invalidity may be the appropriate and just remedy in some circumstances where legislation is inconsistent with the Charter. They cite an absence of equal benefit of the law by reason of legislative overintrusion. A just and appropriate remedy may well lie in declaring a severable overintrusion to be of no force and effect. But here equal benefit of the law is denied by legislative underinclusion. To achieve it by denying something, be it entitlement or exemption, to those

tion constitutionnellement soutenable entre les pères et les mères à l'égard des prestations pour le soin des enfants.

Outre celle qui précède, aucune des questions réellement tranchées par le juge de première instance n'est sérieusement contestée. Il a conclu, et ceci est maintenant admis, que l'article 32 refuse le même bénéfice de la loi aux parents naturels en exerçant une discrimination. L'on ne prétend pas que, dans l'hypothèse où elle pouvait être rendue, l'ordonnance en cause ne constitue pas une réparation convenable et juste. Parmi les réparations recherchées subsidiairement figurait une déclaration que l'article 32 est invalide et inopérant, assortie d'une réserve prévoyant qu'il demeurera en vigueur durant une certaine période afin de permettre l'adoption de dispositions législatives correctives (dossier d'appel, volume I, à la page 6).

Les appelantes disent que, dès le moment où une disposition législative est jugée incompatible avec la Constitution, qui comprend évidemment la Charte, elle doit, en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, être déclarée inopérante. Et cela, selon leur prétention, clôt la question. C'est au Parlement qu'il appartient d'édicter des dispositions législatives qui n'enfreignent pas la Constitution. La Cour n'a pas la compétence voulue pour invoquer l'article 24 de la Charte et élaborer une réparation qui étende le bénéfice de la loi aux personnes que, à dessein ou par inadvertance, le Parlement a omises. À supposer que cet argument ait été soumis au juge de première instance, celui-ci n'a pas statué à son sujet. Le juge n'a pas examiné la question de savoir s'il était tenu de prononcer le jugement déclaratoire sollicité par les appelantes, bien qu'il ait certainement considéré un tel jugement comme une possibilité, qu'il a rejetée.

Les intimés ne nient pas qu'une déclaration d'invalidité puisse constituer la réparation convenable et juste dans certaines circonstances où des dispositions législatives sont incompatibles avec la Charte. Ils en donnent pour exemple l'absence d'un bénéfice égal de la loi découlant d'une intrusion législative injustifiée (*overintrusion*). Il se peut bien que, dans un tel cas, une réparation convenable et juste réside dans la déclaration qu'une intrusion injustifiée pouvant être considérée isolément des autres dispositions est inopérante.

whom Parliament has expressly granted it is said to be neither appropriate nor just; it is offensive to reason and to Parliament's probable intention. It is not to be achieved by depriving those whom Parliament has endowed but by endowing those whom Parliament has unconstitutionally overlooked.

Both appellants and respondents derive considerable comfort from the thought that the action each urges is, at Parliament's option, of fleeting legislative consequence. Legislation, retroactive in its effect if desired, may address the matter should Parliament not find the Court's solution satisfactory.

The provisions of the Constitution in issue here are subsections 15(1) and 24(1) of the Charter and 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

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

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

The respondents find highly respectable support for the proposition that a section 24 remedy should be available in the judgment of the Supreme Court of the United States in *Califano v. Westcott*, 443 U.S. 76 (1979), a case factually similar to this. The legislation in issue provided financial entitlement to needy children deprived of parental support by their fathers' unemployment. It was found unconstitutional in that it established a classifica-

Cependant, en l'espèce, le bénéfice égal de la loi est refusé en raison d'une couverture sélective (*underinclusion*). Il ne serait ni convenable ni juste de réaliser un tel objectif en refusant un avantage, à ceux à qui le Parlement l'a conféré expressément; cette façon d'agir serait contraire à la fois à la raison et à l'intention probable du Parlement. Cet objectif ne doit pas être réalisé en dépouillant ceux que le Parlement a avantagés mais en avantageant les personnes que le Parlement a négligées de façon inconstitutionnelle.

Les appelantes comme les intimés considèrent très rassurante l'idée que les conséquences législatives des mesures recherchées peuvent, si tel est le choix du Parlement, être de courte durée. Dans l'hypothèse où il ne trouverait pas la solution de la Cour satisfaisante, le Parlement pourrait régler cette question par l'adoption de dispositions législatives, auxquelles, si tel était son choix, il conférerait un effet rétroactif.

Les dispositions de la Constitution qui se trouvent visées en l'espèce sont les paragraphes 15(1) et 24(1) de la Charte et le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

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

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

À l'appui de leur proposition qu'une réparation visée à l'article 24 devrait être accessible, les intimés citent l'arrêt *Califano v. Westcott*, 443 U.S. 76 (1979), rendu par la Cour suprême des États-Unis dans une affaire dont les faits étaient similaires à ceux de la présente espèce. Les dispositions législatives en cause accordaient des droits pécuniaires à des enfants qui se trouvaient dans le besoin parce que le chômage de leur père les

tion which discriminated solely on the basis of sex. The District Court had effectively amended the legislation by substituting "parent" for "father". The respondents sought, on appeal, to substitute "principal wage-earner". The majority opinion had this say, at pages 89 ff.:

"Where a statute is defective because of underinclusion," Mr. Justice Harlan noted, "there exist two remedial alternatives: a court may either declare [the statute] a nullity and order that its benefits not extend to the class that the legislature intended to benefit, or it may extend the coverage of the statute to include those who are aggrieved by the exclusion." *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333, 361 (1970) (concurring in result). In previous cases involving equal protection challenges to underinclusive federal benefits statutes, this Court has suggested that extension, rather than nullification, is the proper course. [Citations omitted.] Indeed, this Court regularly has affirmed District Court judgments ordering that welfare benefits be paid to members of an unconstitutionally excluded class. [Citations omitted.]

There is no need, however, to elaborate here the conditions under which invalidation rather than extension of an underinclusive federal benefits statute should be ordered, for no party has presented that issue for review. All parties before the District Court agreed that extension was the appropriate remedy.

Whenever a court extends a benefits program to redress unconstitutional underinclusiveness, it risks infringing legislative prerogatives. The extension ordered by the District Court possesses at least the virtue of simplicity: by ordering that "father" be replaced by its gender-neutral equivalent, the court avoided disruption of the AFDC-UF program, for benefits simply will be paid to families with an unemployed parent on the same terms that benefits have long been paid to families with an unemployed father. The "principal wage-earner" solution, by contrast, would introduce a term novel in the AFDC scheme, and would pose definitional and policy questions best suited to legislative or administrative elaboration.

privait du soutien parental. Ces dispositions ont été jugées inconstitutionnelles au motif qu'elles établissaient une classification procédant d'une discrimination uniquement fondée sur le sexe. La Cour de district avait effectivement modifié les dispositions législatives en cause en substituant le mot «parent» ([TRADUCTION] «parent») au mot «father» ([TRADUCTION] «père»). Les intimés, dans l'appel, cherchaient à substituer l'expression «principal wage-earner» ([TRADUCTION] «principal soutien de famille») à ce terme. Les motifs de la majorité, aux pages 89 et suivantes, disent ce qui suit:

[TRADUCTION] «Lorsqu'une loi est défectueuse en raison de sa couverture sélective», a noté M. le juge Harlan, «le choix s'offre entre l'une ou l'autre des deux réparations suivantes: un tribunal peut déclarer la nullité [de la loi] en ordonnant que les avantages qu'elle accorde ne s'étendent pas à la catégorie que la législature entendait aider, ou il peut étendre les avantages de la loi à ceux qui sont lésés par l'exclusion» (arrêt *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333, à la page 361 (1970) (motifs concourants quant au résultat)). Dans des arrêts antérieurs statuant sur des actions fondées sur la protection égale de la loi qui contestaient des lois fédérales accordant certains avantages et ayant une couverture sélective, cette Cour a suggéré qu'il convient d'étendre, plutôt que d'annuler, les avantages promulgués. [Les citations sont omises.] Notre Cour a en effet régulièrement confirmé des jugements de cours de districts ordonnant que des prestations de bien-être social soient payées aux membres d'une catégorie de personnes inconstitutionnellement exclue. [Les citations sont omises.]

Il n'est toutefois pas nécessaire que nous élaborions ici les conditions dans lesquelles un tribunal devrait invalider, plutôt qu'étendre, les avantages prévus par une loi fédérale à couverture sélective; en effet, aucune des parties n'a demandé l'examen de cette question. Toutes les parties au litige soumis à la Cour de district se sont entendues pour dire que l'extension des prestations constituait la réparation appropriée.

À chaque fois qu'un tribunal donne plus d'extension à un programme de prestations aux fins de corriger une couverture sélective inconstitutionnelle, ce tribunal risque d'enfreindre des prerogatives législatives. L'extension ordonnée par la Cour de district possède à tout le moins le mérite d'être simple: en ordonnant que le mot «father» ([TRADUCTION] «père») soit remplacé par un équivalent ne désignant pas un sexe plutôt que l'autre, la Cour a évité d'entraver l'application du programme AFDC-UF, puisque les prestations qui seront payées aux familles dont un des parents est en chômage le seront suivant les conditions mêmes qui régissaient depuis longtemps le paiement de prestations aux familles dont le père était en chômage. La solution du «principal wage-earner» ([TRADUCTION] «principal soutien de famille»), par contraste, introduirait une nouvelle expression dans le système du programme AFDC; elle soulèverait des questions définitionnelles et des questions de politique pour lesquelles des mesures législatives ou administratives sont plus appropriées.

Under these circumstances, any fine-tuning of AFDC coverage along "principal wage-earner" lines is properly left to the democratic branches of the Government. In sum, we believe the District Court, in an effort to render the AFDC-UF program gender neutral, adopted the simplest and most equitable extension possible.

This decision demonstrates that the remedy devised by the learned Trial Judge is well established as the sort of remedy that would, in the circumstances, have been granted in the United States and also the basic principle of its formulation. However, as observed by Mr. Justice Lamer, speaking for the majority in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at page 498:

... [The U.S.] Constitution, it must be remembered, has no s. 52 nor has it the internal checks and balances of ss. 1 and 33. We would, in my view, do our own Constitution a disservice to simply allow the American debate to define the issue for us, all the while ignoring the truly fundamental structural differences between the two constitutions.

The respondents have advanced numerous arguments in support of maintaining the remedy granted here. These include the purposive approach, and generous rather than legalistic interpretation of Charter guaranteed rights, propounded in *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241, reiterated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295, and, perhaps, somewhat extended in its application by the majority, *per Wilson J.*, in *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, at page 641:

A purposive approach should, in my view, be applied to the administration of Charter remedies as well as to the interpretation of Charter rights.

As to section 24 remedies, that approach is clearly supported by the legislative history, particularly the statement of the Minister of Justice, *Minutes of Proceedings and Evidence* of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of

Dans ces circonstances, il convient de laisser aux instances démocratiques du gouvernement le soin d'ajuster ou non la portée du programme AFDC en fonction du concept du «principal soutien de famille». En somme, nous considérons que la Cour de district, dans son effort visant à supprimer la différenciation fondée sur le sexe qu'opérait le programme AFDC-UF, a étendu les dispositions de celui-ci de la manière la plus simple et la plus équitable possible.

À l'examen de cette décision, il apparaît bien établi que la réparation élaborée par le juge de première instance est bien le type de redressement qui, dans les circonstances, aurait été accordé aux États-Unis; cet arrêt met également bien en évidence le principe sous-tendant la formulation de cette réparation. Toutefois, comme l'a observé M. le juge Lamer dans les motifs qu'il a prononcés au nom de la majorité dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la page 498:

Dans cette constitution [des États-Unis], faut-il le rappeler, on ne trouve ni l'art. 52, ni le contrôle interne des art. 1 et 33. À mon avis, nous rendrions un mauvais service à notre propre Constitution en permettant simplement que le débat américain définisse la question pour nous, tout en ignorant les différences de structure vraiment fondamentales entre les deux constitutions.

Les intimés ont fait valoir de nombreux arguments à l'appui du maintien de la réparation accordée en l'espèce. Ceux-ci comprennent l'approche téléologique ainsi que l'interprétation libérale et non legaliste des droits garantis par la Charte qui sont mises de l'avant dans l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; réitérées dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295, et, peut-être, étendues dans leur application par la majorité de la Cour, dont l'opinion était exprimée par le juge Wilson, dans l'arrêt *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, à la page 641:

Il faut, à mon avis, tenir compte de l'objet visé en appliquant les réparations fondées sur la Charte et en interprétant les droits qu'elle garantit.

Cette façon d'envisager les réparations prévues à l'article 24 se trouve clairement appuyée par les antécédents législatifs, notamment la déclaration faite par le ministre de la Justice, qui figure dans les *Procès-verbaux et témoignages* du Comité

Commons on the Constitution of Canada, January 12, 1981, at page 36:19. The respondents urge the availability of the remedy from the practical points of view already stated: Parliament can effectively act if it is not content with the remedy; a stay of the remedy can be ordered should the Court consider it unduly disruptive, as in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man. R. (2d) 83; 59 N.R. 321, and the remedy granted probably comes closer to the attainment of Parliament's real intentions than would a bare declaration of invalidity. They suggest that persons whose equality rights are violated by legislative underinclusion ought not be put in the "dog in the manger" position of seeking, as the only available remedy, to deprive others of some advantage and ask, if that is the necessary result, why any right-minded person would undertake such a Charter challenge. Persons ought not be deterred from asserting their rights. A declaration of invalidity does nothing to promote equality; equal access to nothing is not equality.

The validity of a purposive approach is not open to question and I accept the logic and force of the practical considerations. If the learned Trial Judge had the power to grant the remedy he did, I would not disturb it. I do think that it does best fulfil a purposive approach to remedy; it does promote equality while a declaration of invalidity cannot, except in sterile formality. However, as counsel for the respondent Schachter recognized in oral argument, the appellants challenge the judgment below on principle. They are not questioning an exercise of discretion; they question the Court's power to grant such a remedy at all.

mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, le 12 janvier 1981, à la page 36:19. Pour étayer leur prétention que la réparation pouvait être accordée, les intimés en soulignent le caractère pratique déjà mentionné: le Parlement peut effectivement agir s'il n'est pas satisfait de la réparation accordée; une suspension de cette réparation peut être ordonnée si, comme dans le *Renvoi relatifs aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man. R. (2d) 83; 59 N.R. 321, la Cour considère qu'elle nuirait indûment à l'ordre établi; et la réparation accordée correspond probablement davantage aux intentions réelles du Parlement que ne le ferait une simple déclaration d'invalidité. Les intimés suggèrent que les personnes dont les droits à l'égalité ont été violés par une couverture législative sélective ne devraient pas être placées dans la situation du [TRADUCTION] «chien du jardinier», c'est-à-dire en être réduites à priver d'autres personnes d'un avantage, et ils demandent, dans l'hypothèse où tel serait nécessairement le résultat de leur démarche, ce qui pousserait une personne saine d'esprit à entreprendre une telle contestation sous le régime de la Charte. Les citoyens ne devraient pas être découragés de faire valoir leurs droits. Une déclaration d'invalidité ne favorise en rien l'égalité; un égal accès à une absence d'avantage ne constitue pas l'égalité.

La validité d'une approche téléologique ne peut être mise en doute, et j'accepte aussi la logique et la force des considérations pratiques. En supposant que le juge de première instance ait détenu le pouvoir d'accorder la réparation en cause, je ne la modifierais pas. Je considère qu'elle remplit adéquatement les exigences d'une approche téléologique; cette solution favorise effectivement l'égalité, ce qu'un jugement déclaratif d'invalidité ne peut faire que de façon stérile et formelle. Toutefois, comme l'a reconnu l'avocat de l'intimé Schachter dans son argumentation orale, c'est pour une raison de principe que les appelantes contestent le jugement de la Section de première instance. Elles n'attaquent pas l'exercice qui a été fait d'un pouvoir discrétionnaire, mais elles contestent la compétence même de la Cour pour ordonner une telle réparation.

I have found only one conceivable reference by the Supreme Court of Canada to the interaction of the subsections. That is in the judgment of Dickson J., as he then was, speaking for the majority in *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, at page 313 S.C.R.:

Section 24(1) sets out a remedy for individuals (whether real persons or artificial ones such as corporations) whose rights under the *Charter* have been infringed. It is not, however, the only recourse in the face of unconstitutional legislation. Where, as here, the challenge is based on the unconstitutionality of the legislation, recourse to s. 24 is unnecessary and the particular effect on the challenging party is irrelevant.

Section 52 sets out the fundamental principle of constitutional law that the Constitution is supreme.

The respondents would have us infer, from the statement that subsection 24(1) is not the only recourse in the case of unconstitutional legislation, that subsections 24(1) and 52(1) necessarily offer alternative recourses in an appropriate case, legislative underinclusion being such a case. I cannot read the passage as indicating a concluded opinion as to that. The interaction of the provisions is not really addressed. Certainly the only "remedy", if that be a proper description, sought, considered and granted was a declaration of invalidity of the impugned legislation pursuant to subsection 52(1).

The Supreme Court, again *per* Dickson J., in *Hunter et al. v. Southam Inc.*, a case of legislative overintrusion, not underinclusion, has said at page 148 S.C.R.:

The Constitution of Canada, which includes the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is the supreme law of Canada. Any law inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect. Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* so mandates.

and at pages 168 ff S.C.R.:

The appellants submit that even if subss. 10(1) and 10(3) do not specify a standard consistent with s. 8 for authorizing entry, search and seizure, they should not be struck down as inconsistent with the *Charter*, but rather that the appropriate standard should be read into these provisions. . . . In the present case, the overt inconsistency with s. 8 manifested by the lack of a neutral and detached arbiter renders the appellants' submis-

Je n'ai pu trouver qu'un seul passage de la Cour suprême du Canada qui puisse s'interpréter comme traitant de l'interaction des paragraphes concernés. Celui-ci figure dans le jugement prononcé par le juge Dickson (c'était alors son titre) au nom de la majorité dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, à la page 313 R.C.S.:

Le paragraphe 24(1) prévoit un redressement pour les personnes, aussi bien physiques que morales, qui ont été victimes d'une atteinte aux droits qui leurs sont garantis par la *Charte*. Toutefois, il ne s'agit pas là du seul recours qui s'offre face à une loi inconstitutionnelle. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la contestation est fondée sur l'inconstitutionnalité d'une loi, il n'est pas nécessaire de recourir à l'art. 24 et l'effet particulier qu'elle a sur l'auteur de la contestation est sans importance.

L'article 52 énonce le principe fondamental du droit constitutionnel, savoir la suprématie de la Constitution.

Les intimés voudraient que, à partir de la déclaration que le paragraphe 24(1) ne constitue pas le seul recours face à une loi inconstitutionnelle, nous inférions que les paragraphes 24(1) et 52(1) offrent nécessairement des recours subsidiaires dans des circonstances appropriées, circonstances qui comprendraient la couverture sélective. Je suis incapable d'interpréter le passage qui précède comme énonçant une telle conclusion. Il n'est pas réellement statué sur l'interaction des dispositions concernées. Certes la seule «réparation»—en supposant que ce terme soit adéquat—sollicitée, examinée et accordée fut un jugement déclaratoire concluant à l'invalidité des dispositions législatives attaquées sous le régime du paragraphe 52(1).

La Cour suprême s'est encore une fois prononcée par l'intermédiaire du juge Dickson dans l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*, où il était question d'une intrusion législative injustifiée plutôt que d'une couverture sélective; elle a dit à la page 148 R.C.S.:

La Constitution du Canada, qui contient la *Charte canadienne des droits et libertés*, est la loi suprême du Canada. Elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. C'est ce que prescrit le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Aux pages 168 et suivantes R.C.S., elle a ajouté:

Les appelants soutiennent que même si les par. 10(1) et 10(3) n'établissent pas un critère compatible avec l'art. 8 lorsqu'il s'agit d'autoriser une entrée, une fouille, une perquisition et une saisie, ils ne devraient pas être radiés comme incompatibles avec la *Charte*, mais ils devraient plutôt recevoir une interprétation large de manière à leur prêter le critère approprié. . . . En l'espèce, l'incompatibilité évidente avec l'art.

sions on reading in appropriate standards for issuing a warrant purely academic. Even if this were not the case, however, I would be disinclined to give effect to these submissions. While the courts are guardians of the Constitution and of individuals' rights under it, it is the legislature's responsibility to enact legislation that embodies appropriate safeguards to comply with the Constitution's requirements. It should not fall to the courts to fill in the details that will render legislative lacunae constitutional. Without appropriate safeguards legislation authorizing search and seizure is inconsistent with s. 8 of the *Charter*. As I have said, any law inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

The responsibility of the courts is to define the limits of legislation permissible under the *Charter* but it remains the responsibility of Parliament to enact legislation that meets its requirements.

R. v. Hamilton (1986), 57 O.R. (2d) 412; 17 O.A.C. 241 (C.A.) and *R. v. Van Vliet* (1988), 45 C.C.C. (3d) 481; 10 M.V.R. 190 (B.C.C.A.), both considered equality before the law in relation to provisions of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34] which were proclaimed in force in some, but not all, provinces. They were not in force in either Ontario or British Columbia when their Courts of Appeal were called upon to deal with the claims of persons convicted to be treated as though they had been proclaimed. The Ontario Court of Appeal granted that claim; the British Columbia Court of Appeal, by a majority decision, rejected it. In neither case was a declaration of invalidity of the legislation sought, an important difference from the present case.

For the Ontario Court, Dubin J.A., at page 438 O.R., said:

No attack having been made on the constitutionality of the *Criminal Code* provisions under consideration, it is for an individual to show that his rights or freedoms as guaranteed by the *Charter* have been infringed or denied. Only such an individual is entitled to a remedy. Where the evidence discloses that the individual is within the class of persons contemplated

8, qui se manifeste par l'absence d'un arbitre neutre et impartial, fait en sorte que les arguments des appelants concernant l'ajout, au moyen d'une interprétation large, des critères appropriés applicables à la délivrance d'un mandat, sont purement théoriques. Cependant, même s'il n'en était pas ainsi, je serais peu disposé à donner suite à ces arguments. Même si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu'elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives. Si elles n'offrent pas les garanties appropriées, les lois qui autorisent des fouilles, des perquisitions et des saisies sont incompatibles avec l'art. 8 de la *Charte*. Comme je l'ai dit, toute loi incompatible avec les dispositions de la Constitution est, dans la mesure de cette incompatibilité, inopérante.

Il appartient aux tribunaux de définir les limites dans lesquelles doivent se situer les dispositions législatives pour être valides sous le régime de la *Charte*, mais il continue de ressortir au Parlement d'édicter des dispositions satisfaisant à ses exigences.

Les arrêts *R. v. Hamilton* (1986), 57 O.R. (2d) 412; 17 O.A.C. 241 (C.A.) et *R. v. Van Vliet* (1988), 45 C.C.C. (3d) 481; 10 M.V.R. 190 (C.A.C.-B.), ont tous deux examiné la question de l'égalité devant la loi en regard de dispositions du *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. C-34] proclamées en vigueur dans certaines, mais non dans l'ensemble, des provinces. Elles n'étaient en vigueur ni en Ontario ni en Colombie-Britannique lorsque leurs cours d'appel ont été appelées à statuer sur des demandes dans lesquelles des personnes déclarées coupables réclamaient d'être traitées comme si ces dispositions avaient été proclamées. La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli cette demande; la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans une décision majoritaire, l'a rejetée. Ni dans l'une ni dans l'autre de ces affaires était-il demandé un jugement déclaratoire prononçant l'invalidité des dispositions législatives concernées; ce facteur les distingue nettement de la présente espèce.

Parlant au nom de la Cour ontarienne, le juge Dubin, de la Cour d'appel, a dit à la page 438 O.R.:

[TRADUCTION] La constitutionnalité des dispositions en cause du *Code criminel* n'ayant pas été contestée, le fardeau de la preuve incombe à la personne qui prétend à une violation ou à une négation des droits ou des libertés que lui garantit la *Charte*. Seule une telle personne a droit à une réparation. Lorsque la preuve révèle que la personne concernée appartient

as one eligible for the court's consideration for a discharge, the appropriate remedy is to provide such an individual with the same right that individuals have in like circumstances in other parts of Canada.

He appears not to have directed his mind to the possibility that the grant of that remedy may, in fact, have been a legislative act since it entailed either treating the provisions as though they had been proclaimed in force in Ontario or as though the proclamation requirement had not been enacted. The B.C. Court of Appeal, on the other hand, did consider it and it concluded that to grant the same remedy would be to legislate and beyond its power. At page 519 C.C.C., Southin J.A., (Carrothers J.A., concurring), said:

Parliament might very well not have included s-s.(5) in the 1985 Act if the proclamation section had not also been included. In reality, the Ontario Court of Appeal has repealed the proclamation section.

To do what was done in *R. v Hamilton* is to amend the 1985 Act. To amend is to legislate. To legislate is to usurp the function of Parliament.

Our political system as it is found in the *Constitution Act, 1867*, confers the power to legislate only upon Parliament and the Legislatures.

She then went on to consider sections 17, 18, 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5]], and, at page 520 C.C.C., concluded:

The executive power is vested in the Sovereign and the power to legislate is vested in Parliament. Neither is vested in the courts.

The Charter has not conferred the powers of ss. 91 and 92 upon the courts but has conferred only the power to strike down legislation.

With respect, the last observation is not quite accurate. It is not the Charter but subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, that provides the courts' power to strike down legislation and, as the Supreme Court observed in the *Reference re Manitoba Language Rights*, at page 746 S.C.R.:

[It] does not alter the principles which have provided the foundation for judicial review over the years. In a case where constitutional manner and form requirements have not been complied with, the consequence of such non-compliance continues to be invalidity. The words "of no force or effect" mean

à la catégorie des personnes dont la libération peut être envisagée par un tribunal, la réparation appropriée consiste à accorder à cette personne le droit dont jouissent les autres personnes qui se trouvent dans les mêmes circonstances dans d'autres parties du Canada.

^a Il ne semble pas avoir examiné la possibilité que l'octroi de la réparation demandée puisse constituer effectivement une action à caractère législatif puisqu'il fallait traiter les dispositions en cause soit ^b comme si elles avaient été proclamées en vigueur en Ontario, soit comme si l'exigence de leur proclamation n'avait pas été édictée. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a pour sa part considéré une telle possibilité, pour conclure que, en ^c accordant cette même réparation, elle légiférerait et excéderait ses pouvoirs. À la page 519 C.C.C., le juge Southin, de la Cour d'appel (avec l'appui du juge Carrothers, de la Cour d'appel), a dit:

[TRADUCTION] Le Parlement aurait très bien pu ne pas ^d insérer le par. (5) dans la Loi de 1985 si l'article prévoyant la proclamation n'en avait pas, lui aussi, fait partie. La Cour d'appel de l'Ontario a, en pratique, abrogé l'article sur la proclamation.

Prendre les dispositions qui ont été prises dans l'arrêt *R. v. Hamilton* équivaut à modifier la Loi de 1985. Modifier, c'est ^e légiférer, et légiférer, c'est usurper le rôle du Parlement.

Le régime politique prévu par notre *Loi constitutionnelle de 1867* ne confère le pouvoir de légiférer qu'au Parlement et aux législatures des provinces.

^f Elle a alors examiné les articles 17, 18, 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5]], pour conclure à la page 520 C.C.C.:

[TRADUCTION] Le pouvoir exécutif est attribué au Souverain, tandis que le pouvoir de légiférer est conféré au ^g Parlement. Ni l'un ni l'autre n'est dévolu aux tribunaux.

La Charte n'a pas conféré les pouvoirs prévus aux art. 91 et 92 aux tribunaux; elle les a seulement habilités à annuler des dispositions législatives.

^h Avec déférence, cette dernière observation n'est pas tout à fait juste. Les tribunaux ne sont pas habilités à annuler des dispositions législatives par la Charte mais par le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et, comme la Cour ⁱ suprême l'a observé dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, à la page 746 R.C.S.:

[Il] ne modifie pas les principes qui, au cours des années, ont constitué le fondement du contrôle judiciaire. Dans un cas où ^j on n'a pas respecté les modalités et la forme requises en matière constitutionnelle, l'invalidité continue d'être la conséquence de ce non-respect. Le mot «inopérantes» signifie qu'une règle de

that a law thus inconsistent with the Constitution has no force or effect because it is invalid.

I think the conclusion that under the Constitution of Canada, the exclusive power to legislate is vested in Parliament (and the provincial legislative assemblies) is unexceptionable. I am content to adopt the constitutional and historical observations made by Southin J.A., in reaching that conclusion and shall add my own only with respect to the direct fiscal consequences of the judgment below, an element not present in the *Criminal Code* cases.

The *Unemployment Insurance Act* [R.S.C., 1985, c. U-1] provides:

117. (1) There shall be paid out of the Consolidated Revenue Fund and charged to the Unemployment Insurance Account

(a) all amounts paid as or on account of benefits under this Act;

An entitlement to benefits gives rise directly to a liability to disburse monies from the Consolidated Revenue Fund. The remedy in issue here creates such a liability in circumstances not provided for by Parliament. When, in *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.* at page 344 S.C.R., Dickson J., emphasized the importance of a purposive and generous approach to Charter rights, he went on to caution:

At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, ... be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts.

It is also to be recalled that the Charter is part of the Constitution; it is not the whole Constitution; its provisions are neither subordinate nor paramount. The Supreme Court, in the *Reference re Manitoba Language Rights*, at page 745 S.C.R., defined a country's constitution as the:

... statement of the will of the people to be governed in accordance with certain principles held as fundamental and certain prescriptions restrictive of the powers of the legislature and government.

The entire Constitution, not the Charter alone, is that statement by the people of Canada.

droit ainsi incompatible avec la Constitution est inopérante pour cause d'invalidité.

Je considère inattaquable la conclusion que la Constitution du Canada confère la compétence exclusive de légiférer au Parlement (ainsi qu'aux assemblées législatives des provinces). Pour parvenir à cette conclusion, je me contenterai de souscrire aux observations sur la Constitution et sur l'histoire qui ont été formulées par le juge Southin, et je n'ajouterai mes propres observations qu'à l'égard des conséquences fiscales directes du jugement porté en appel, un élément qui était absent des procès mettant en jeu le *Code criminel*.

La *Loi sur l'assurance-chômage* [L.R.C. (1985), chap. U-1] prévoit ce qui suit:

117. (1) Sont payés sur le Trésor et débités au Compte d'assurance-chômage:

a) toutes les sommes versées au titre des prestations en vertu de la présente loi;

Le droit à des prestations implique directement l'obligation de déboursier des argents du Trésor. La réparation mise en jeu dans la présente espèce édicte une telle obligation relativement à des circonstances non prévues par le Parlement. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, à la page 344 R.C.S., le juge Dickson a souligné qu'il était important que les droits prévus à la Charte soient abordés libéralement et en fonction de leur objet, après quoi il a dit:

En même temps, il importe de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, ... elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés.

Il importe aussi de rappeler que la Charte constitue une partie de la Constitution et non la Constitution dans son entier. Les dispositions de la Charte ne sont ni accessoires, ni prépondérantes. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, à la page 745 R.C.S., la Cour suprême a défini la constitution d'un pays comme:

... l'expression de la volonté du peuple d'être gouverné conformément à certains principes considérés comme fondamentaux et à certaines prescriptions qui restreignent les pouvoirs du corps législatif et du gouvernement.

C'est dans l'ensemble de la Constitution, et non seulement dans la Charte, que réside cette expression de la volonté du peuple canadien.

The preamble to the *Constitution Act, 1867*, proclaims the desire of the confederating provinces "to be federally united . . . with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom". No principle of the British Constitution is, or was in 1867, more firmly established or fundamental than the Houses of Parliament's declaration "vindicating and asserting their ancient Rights and Liberties", the *Bill of Rights* of 1688 [1 Will & Mary, Sess. 2, c. 2 (U.K.)], which declared

That levying Money for or to the Use of the Crown, by Pretence of Prerogative, without Grant of Parliament, for longer Time, or in other Manner than the same is or shall be granted, is illegal.

That this principle embraces the disbursement of public funds as well as the levying of taxes is beyond doubt. The Judicial Committee of the Privy Council stated the constitutional position in *Auckland Harbour Board v. The King*, [1924] A.C. 318, at pages 326 ff.

. . . it has been a principle of the British Constitution now for more than two centuries, a principle which their Lordships understand to have been inherited in the Constitution of New Zealand with the same stringency, that no money can be taken out of the consolidated Fund into which the revenues of the State have been paid, excepting under a distinct authorization from Parliament itself. The days are long gone by in which the Crown, or its servants, apart from Parliament, could give such an authorization or ratify an improper payment.

The appropriation of public monies by a court is as offensive to that principle as is its appropriation by prerogative.

Parliament has made a general appropriation for satisfying judgments of this Court by enacting subsection 57(3) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7:

57. . . .

(3) There shall be paid out of the Consolidated Revenue Fund any money or costs awarded to any person against the Crown in any proceedings in the Court.

That appropriation does not cover the remedy granted here. A declaration that a class of persons, not designated for the purpose by Parliament, is entitled to be paid unemployment insurance benefits is not an award of money.

With respect, I do not understand *R. v. Rowbotham et al.* (1988), 25 O.A.C. 321, to be a prece-

Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* proclame le désir des provinces «de s'unir en fédération . . . avec une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni». Or aucun principe de la Constitution britannique n'est, ou n'était en 1867, plus fermement établi ou plus fondamental que la déclaration des Chambres du Parlement visant à [TRADUCTION] «assurer leurs anciens droits et libertés», le *Bill of Rights* de 1688 [1 Will & Mary, Sess. 2, chap. 2 (R.-U.)], qui portait

[TRADUCTION] Qu'une levée d'argent pour la Couronne ou à son usage, sous prétexte de prérogative, sans le consentement du Parlement, pour un temps plus long et d'une manière autre qu'elle n'est ou ne sera consentie par le Parlement, est illégale.

Il ne fait aucun doute que ce principe vise aussi bien le déboursement de fonds publics que la levée de taxes. Le Comité judiciaire du Conseil privé a exposé l'état de la situation constitutionnelle dans l'arrêt *Auckland Harbour Board v. The King*, [1924] A.C. 318, aux pages 326 et suivantes:

[TRADUCTION] . . . il est un principe établi dans la Constitution britannique depuis plus de deux siècles, un principe qui, selon leurs Seigneuries, a été transmis à la Constitution de la Nouvelle-Zélande sans rien perdre de sa rigueur: aucun montant d'argent ne peut être payé sur le Trésor dans lequel ont été versés les revenus de l'État, si ce n'est en vertu d'une autorisation distincte du Parlement lui-même. Ils sont bien loin les jours où la Couronne ou ses préposés pouvaient, indépendamment du Parlement, accorder une telle autorisation ou ratifier un paiement irrégulier.

L'affectation de fonds publics par un tribunal est tout aussi contraire à ce principe que l'affectation de tels fonds par prerogative.

Le Parlement a prévu une affectation générale visant à satisfaire aux jugements de cette Cour lorsqu'il a édicté le paragraphe 57(3) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7:

57. . . .

(3) Les sommes d'argent ou dépens adjugés à une personne contre la Couronne, dans toutes procédures devant la Cour, sont prélevés sur le Trésor.

Cette affectation ne vise pas la réparation accordée en l'espèce. Un jugement déclaratoire portant qu'une catégorie de personnes à laquelle le Parlement n'a pas accordé de prestations d'assurance-chômage a droit à leur paiement ne constitue pas une adjudication d'argent.

Avec déférence, je ne considère pas que l'arrêt *R. v. Rowbotham et al.* (1988), O.A.C. 321 consti-

dent for an appropriation of public funds by way of a section 24 remedy. Indeed, as I read it, that is precisely what the Ontario Court of Appeal declined to deal with when, at page 371 O.A.C., it concluded:

It is unnecessary in this case to decide whether the trial judge in those circumstances would also be empowered to direct that Legal Aid or the appropriate Attorney General pay the fees of counsel.

Likewise, I do not consider that the myriad court orders requiring local governments, be they municipalities, school boards or other, to carry out their mandates according to law and, thereby, requiring them to spend money to be constitutionally comparable to a judicial appropriation of funds within the exclusive control of a sovereign Parliament or legislature.

Even if the power of a court to legislate by way of a subsection 24(1) remedy were found to exist in circumstances which do not entail the appropriation of public monies, no such power can be found to exist where the remedy appropriates monies from the Consolidated Revenue Fund for a purpose not authorized by Parliament. A purposive approach to remedies under subsection 24(1) cannot take a court that far.

In my opinion, the appellants are correct: the Constitution of Canada does not permit the remedy crafted by the learned Trial Judge. Having found that section 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* was inconsistent with a provision of the Constitution of Canada, the learned Trial Judge was bound to find it to be of no force and effect. Had that finding been made, the absence of any conflict between subsections 24(1) and 52(1) would be apparent. There is no offending legislation and, therefore, no subsection 24(1) remedy called for.

In my opinion, subsection 52(1) does not provide a "remedy" in any real sense of that word. It states a constitutional fact which no court can ignore when it is invoked in a proceeding and found to apply.

tue un précédent concernant l'affectation de fonds publics en vertu d'une réparation fondée sur l'article 24. En fait, selon mon interprétation, cette question est précisément celle sur laquelle la Cour d'appel de l'Ontario a refusé de se prononcer en concluant, à la page 371 O.A.C.:

En l'espèce, il est inutile de décider si le juge de première instance serait, dans ces circonstances, également autorisé à ordonner que l'Aide juridique ou le procureur général compétent paye les honoraires d'avocat.

De la même manière, je ne considère pas que la multitude d'ordonnances rendues par des tribunaux pour enjoindre aux gouvernements locaux—soient-ils des municipalités, des commissions scolaires ou autres—de remplir leur mandat conformément à la loi et, de ce fait, de dépenser de l'argent, soient, sur le plan constitutionnel, comparables à l'affectation judiciaire de fonds ressortissant au contrôle exclusif d'une législature ou d'un Parlement souverains.

Même s'il était décidé qu'un tribunal est compétent à légiférer en ordonnant une réparation visée au paragraphe 24(1) dans des circonstances n'impliquant pas l'affectation de crédits publics, il ne pourrait être conclu à l'existence d'un tel pouvoir lorsque la réparation en cause affecte des argents du Trésor à des fins non autorisées par le Parlement. Une approche téléologique des réparations prévues au paragraphe 24(1) ne saurait autoriser les tribunaux à aller aussi loin.

À mon sens, les prétentions des appelantes sont fondées: la Constitution du Canada n'autorise pas la réparation élaborée par le juge de première instance. Ayant conclu à l'incompatibilité de l'article 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* avec une disposition de la Constitution canadienne, le juge de première instance était obligé de déclarer cet article inopérant. Si cette conclusion avait été prise, l'absence de conflit entre les paragraphes 24(1) et 52(1) serait évidente. Comme il n'existe aucune disposition législative incompatible, aucune réparation fondée sur le paragraphe 24(1) ne doit être prononcée.

Selon mon opinion, le paragraphe 52(1) n'offre pas de «réparation» au sens réel du terme. Il expose une réalité constitutionnelle dont un tribunal ne peut omettre de tenir compte lorsqu'elle est invoquée et considérée comme applicable dans le cadre d'une instance.

I would allow the appeal and set aside the judgment of the Trial Division except as to costs. Pursuant to subparagraph 52(b)(iii) of the *Federal Court Act*, I would render the judgment that ought to have been rendered and, in compliance with subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, declare that section 20 (formerly section 32) of the *Unemployment Insurance Act* is of no force and effect by reason of its inconsistency with section 15 of the Charter. As requested by the appellants, I would not disturb the award of costs below and, in the circumstances, would allow the respondent Schachter his party and party costs of this appeal.

There is no compelling public interest justifying a stay of execution of the judgment to permit remedial legislative action, as was found in the *Reference re Manitoba Language Rights* and *Dixon v. B.C. (A.G.)*, [1989] 4 W.W.R. 393 (B.C.S.C.). A stay, if sought, to permit an appeal to be taken to the Supreme Court of Canada, would be a different thing. It may be sought by Rule 324 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] application.

APPENDIX

32. (1) Notwithstanding section 25 but subject to this section, initial benefit is payable to a major attachment claimant who proves that it is reasonable for that claimant to remain at home by reason of the placement with that claimant of one or more children for the purpose of adoption pursuant to the laws governing adoption in the province in which that claimant resides.

(2) Subject to subsection 22(3), initial benefit is payable under this section for each week of unemployment in the period

(a) that begins with the week in which the child or children are actually placed with the major attachment claimant; and

(b) that ends

(i) seventeen weeks after the week in which the child or children are so placed,

(ii) with the week in which it is no longer reasonable for that claimant to remain at home for the reason referred to in subsection (1), or

J'accueillerais l'appel et, sauf en ce qui concerne les dépens, j'annulerais le jugement de la Section de première instance. Conformément au sous-alinéa 52b)(iii) de la *Loi sur la Cour fédérale*, je rendrais le jugement qui aurait dû être prononcé et, conformément au paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, je déclarerais que l'article 20 (antérieurement, l'article 32) de la *Loi sur l'assurance-chômage* est inopérant en raison de son incompatibilité avec l'article 15 de la Charte. Comme l'ont demandé les appelantes, je ne modifierais pas l'adjudication des dépens faite par la Section de première instance, et, dans les circonstances de la présente affaire, j'accorderais à l'intimé Schachter les frais entre parties qu'il a engagés dans le présent appel.

Il n'existe aucun intérêt public impératif justifiant la Cour de suspendre l'exécution du jugement pour permettre l'adoption de mesures correctives, comme c'était le cas dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba* et dans l'arrêt *Dixon v. B.C. (A.G.)*, [1989] 4 W.W.R. 393 (C.S.C.-B.). La suspension qui viserait à permettre la présentation d'un pourvoi devant la Cour suprême du Canada serait une toute autre démarche. Une telle suspension peut être sollicitée au moyen d'une demande présentée sous le régime de la Règle 324 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663].

ANNEXE

32. (1) Nonobstant l'article 25 mais sous réserve des autres dispositions du présent article, des prestations initiales sont payables à un prestataire de la première catégorie qui fait la preuve qu'il est raisonnable pour lui de demeurer à la maison à cause du placement auprès de lui, en conformité avec les lois régissant l'adoption dans la province où il réside, d'un ou plusieurs enfants en vue de leur adoption.

(2) Sous réserve du paragraphe 22(3), les prestations initiales prévues au présent article sont payables pour chaque semaine de chômage comprise dans la période qui, en retenant la première en date des semaines en question,

a) commence avec la semaine au cours de laquelle le ou les enfants sont réellement placés auprès du prestataire de la première catégorie, et

b) se termine

(i) dix-sept semaines après la semaine au cours de laquelle le ou les enfants sont placés,

(ii) avec la semaine au cours de laquelle il n'est plus raisonnable pour ce prestataire de demeurer à la maison pour la raison visée au paragraphe (1), ou

(iii) with the week immediately preceding the week for which benefit is claimed and payable pursuant to another section of this Part,

whichever is the earliest.

(3) Where benefits are payable to a major attachment claimant under this section and earnings are received by that claimant for any period that falls in a week in the period described in subsection (2), the provisions of subsection 26(2) do not apply and all such earnings shall be deducted from the benefit payable for that week.

(4) Benefits shall not be paid pursuant to this section to more than one major attachment claimant in respect of a single placement of a child or children for the purpose of adoption.

(5) Where, before any benefit has been paid to a major attachment claimant in respect of a single placement of a child or children for the purpose of adoption, two insured persons with whom the child or children are placed for the purpose of adoption claim benefit under this section, no benefit shall be paid under this section until one of such claims is withdrawn.

(iii) avec la semaine qui précède immédiatement la semaine où les prestations sont demandées et payables en vertu d'un autre article de la présente Partie.

a (3) Lorsque des prestations doivent être versées à un prestataire de la première catégorie en vertu du présent article et que celui-ci reçoit une rémunération pour une période tombant dans une semaine comprise dans la période visée au paragraphe (2), le paragraphe 26(2) ne s'applique pas et cette rémunération doit être déduite des prestations afférentes à cette semaine.

b (4) Les prestations ne doivent pas être versées en vertu du présent article à plus d'un prestataire de la première catégorie relativement à un seul placement d'un ou plusieurs enfants en vue de leur adoption.

c (5) Lorsque, avant que des prestations n'aient été versées à un prestataire de la première catégorie relativement à un seul placement d'un ou plusieurs enfants en vue de leur adoption, deux assurés auprès desquels le ou les enfants sont placés pour adoption, demandent des prestations en vertu du présent article, aucune prestation ne doit être versée en vertu du présent article avant l'adoption d'une de ces demandes.

JUDGMENT

UPON this action having come on for trial in the presence of counsel for each party on all juridical days commencing on April 11, 1988 through April 20, 1988, at Toronto, Ontario; and

UPON having read the pleadings, the agreement regarding the admission of documents, statutes and international instruments, and the other documents exhibited, and having heard the witnesses' testimony and what was alleged orally by counsel; and

UPON this Court having found that section 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, as amended, creates unequal benefit of the law contrary to subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by making a distinction between natural and adoptive parents in respect of a period of child-care benefits following introduction of a child into the home; and

THERE BEING no justification tendered under section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for that unequal benefit; now

1. THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES THAT a declaration be issued that, during that period in which section 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, as amended (the "Act") remains in its present form, a major attachment claimant who is the natural father or mother of a newborn child, or of newborn children, shall be entitled to benefits under the Act in respect of periods taken off work to care for that child or those children on the same terms as adoptive parents are so entitled, giving effect to the following criteria and conditions of benefits under section 32;

(a) Fifteen weeks of benefits are provided for either parent to stay home during the seventeen-week period after the child arrives in the claimant's home, subject to the limit in paragraph 22(3)(a) of the Act referred to therein during any

JUGEMENT

VU la présente action, qui a été instruite en présence des avocats des parties à tous les jours juridiques de la période commençant le 11 avril 1988 et se terminant le 20 avril 1988, à Toronto (Ontario); et

e APRÈS LECTURE des actes de procédure, de l'entente sur l'admission de documents, des lois et des instruments internationaux en cause, ainsi que des autres documents déposés en preuve, et après audition des témoins et des plaidoiries orales des avocats; et

f VU la conclusion de cette Cour que l'article 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, sous sa forme modifiée, déroge au principe du même bénéfice de la loi prévu au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en établissant une distinction entre les parents naturels et les parents adoptifs en ce qui concerne une période de prestations relatives aux soins d'enfant qui fait suite à l'arrivée d'un enfant dans un

g foyer; et

VU qu'aucune justification n'a été présentée aux termes de l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés* à l'égard de cette dérogation au principe du même bénéfice de la loi; par les présentes,

h 1. CETTE COUR STATUE qu'un jugement déclaratoire est prononcé pour affirmer que, tant que l'article 32 de la *Loi de 1971 de l'assurance-chômage* sous sa forme modifiée (la «Loi») demeurera en vigueur, un prestataire de la première catégorie qui est la mère ou le père naturel d'un ou de plusieurs enfants nouveaux-nés jouira des mêmes droits que les parents adoptifs en ce qui concerne les prestations prévues par la Loi à l'égard des périodes au cours desquelles il ou elle aura cessé de travailler pour prendre soin de cet enfant ou de ces enfants, en sorte que les conditions et les critères suivants prévus à l'article 32 relativement aux prestations leur sont applicables:

i (a) Quinze semaines de prestations sont prévues pour que l'un ou l'autre parent demeure à la maison pendant la période de dix-sept semaines suivant l'arrivée de l'enfant à la maison du prestataire, sous réserve de la limite prévue à

benefit period, provided that the natural mother should not be precluded by paragraph 22(3)(a) from entitlement to child-care benefits, in whole or in part, by reason of having received pregnancy benefits within the same benefit period. Such benefits are payable even though the claimant is not available for work, although the claimant must be otherwise entitled to these benefits under the Act.

(b) Either parent if otherwise a qualified claimant can receive these benefits if it is "reasonable" for the claimant to remain at home by reason of the arrival in the home of the child, but only so long as it remains "reasonable" to do so.

(c) Not more than one parent can receive benefits with respect to the arrival in the home of the child.

(d) Such benefits are paid in respect of child-care and not in respect of maternity.

2. THIS COURT FURTHER ORDERS AND ADJUDGES THAT the defendant Canada Employment and Immigration Commission shall review the plaintiff's claim for initial benefit made August 2, 1985 and shall determine the plaintiff's entitlement to initial benefit on the basis that, if the plaintiff's claim meets the other requirements of the Act and paragraph one of this judgment, the plaintiff is entitled to such initial benefit.

3. THIS COURT FURTHER ORDERS AND ADJUDGES THAT this judgment is hereby suspended until the expiry of the time for appeal, and if an appeal is taken thereafter pending final determination of that appeal.

4. THIS COURT FURTHER ORDERS AND ADJUDGES THAT the defendants shall pay the plaintiff's costs of and incidental to this action on a party-and-party basis forthwith after taxation thereof.

l'alinéa 22(3)a) de la Loi, pourvu que la mère naturelle ne soit pas, aux termes de l'alinéa 22(3)a), privée complètement ou en partie du bénéfice des prestations relatives aux soins aux enfants parce qu'ayant reçu des prestations à la suite de sa grossesse au cours de la même période. Ces prestations sont payables même si le prestataire n'est pas disponible pour travailler, à la condition que celui-ci y ait par ailleurs droit en vertu de la Loi.

(b) L'un ou l'autre parent, s'il est par ailleurs un prestataire qualifié, peut recevoir ces prestations s'il est «raisonnable» pour ce prestataire de demeurer à la maison à la suite de l'arrivée de l'enfant, mais seulement tant qu'il est «raisonnable» de le faire.

(c) Un seul parent peut recevoir des prestations relativement à l'arrivée de l'enfant à la maison.

(d) Les prestations susmentionnées sont versées à l'égard du soin des enfants et non de la maternité.

2. CETTE COUR STATUE ÉGALEMENT que la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada défenderesse devra examiner la demande de prestations initiales présentée par le demandeur le 2 août 1985 et décider du droit du demandeur à ces prestations initiales en tenant pour acquis que, dans l'hypothèse où la demande du demandeur satisfait aux autres exigences de la Loi et du premier paragraphe du présent jugement, le demandeur a droit à ces prestations initiales.

3. CETTE COUR STATUE ÉGALEMENT que l'exécution du présent jugement est suspendue par les présentes jusqu'à l'expiration du délai d'appel et, dans l'éventualité où appel en est interjeté, jusqu'à ce que cet appel soit tranché de façon définitive.

4. CETTE COUR STATUE ÉGALEMENT que les défenderesses paieront au demandeur, après leur taxation, les frais entre parties relatifs à la présente action et accessoires à la présente action.