

Nielsen c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)

**Carol Nielsen**  
(appelante)  
(requérante)

**c.**

**La Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada,**  
le Conseil du Trésor du Canada,  
et l'Alliance de la fonction publique du Canada  
(intimés)

et La Commission canadienne des droits de la personne  
(intervenante)

Cour fédérale du Canada Cour d'appel

juges Marceau, Linden et Robertson, J.C.A.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendu par Le juge Marceau, J.C.A.:

1 Le 23 novembre 1993, la Commission canadienne des droits de la personne a pris la décision de rejeter une plainte de discrimination déposée par l'appelante aux termes du paragraphe 3(1) de la Loi canadienne sur les droits de la personne [L.R.C. (1985), ch. H-6]. La Commission agissait en vertu du pouvoir qui lui est conféré par le sous-alinéa 44(3)b(i) [mod. par L.R.C. (1985) (1er suppl.), ch. 31, art. 64] de la Loi, qui l'autorise à refuser de poursuivre l'examen d'une plainte si elle est convaincue que « compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci n'est pas justifié ». La décision a été contestée devant la Section de première instance [(1995), 97 F.T.R. 282], dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire fondée sur l'article 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)]. La demande a été rejetée, et c'est ce refus qui fait l'objet du présent appel.

2 Les parties ont soulevé de nombreuses questions dans la présentation de leurs arguments respectifs. Il y a eu de longs débats sur la question du degré de retenue judiciaire dont la Cour doit faire preuve à l'égard de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne; sur la nature de son pouvoir discrétionnaire dans le rejet d'une plainte fondée sur l'article 44 de sa loi constitutive; sur le rôle de la Cour dans le contrôle d'une décision à cet effet; sur les conséquences d'une modification apportée à la loi ou de son interprétation pendant qu'une cause est en instance et, particulièrement, comme nous le verrons, sur les effets des jugements ayant trait à des questions constitutionnelles. En fait, toutefois, je pense que l'appel peut maintenant être réglé en s'appuyant sur une analyse relativement simple.

3 Tout d'abord, passons rapidement les faits en revue. L'appelante a déposé une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) le 29 septembre 1989. À l'époque, elle était fonctionnaire fédérale et sa plainte portait sur le refus du gouvernement de lui assurer une couverture d'assurance pour soins dentaires pour sa partenaire homosexuelle et pour la fille de celle-ci. Elle faisait valoir que le refus constituait de la discrimination aux termes de la Loi canadienne sur les droits de la personne (la Loi) fondée sur le sexe, l'état matrimonial et la situation de famille, motifs auxquels elle a ajouté ultérieurement l'orientation sexuelle. La Commission a décidé de suspendre l'examen de la plainte en attendant le jugement d'une affaire traitant de questions semblables, soit *Canada (Procureur général) c. Mossop*. Dans cette affaire, un couple homo sexuel prétendait constituer une « famille » et avoir été victime de discrimination du seul fait de la « situation de famille » - un motif de distinction formellement prohibé par l'article 3 de la Loi - parce qu'on lui avait refusé les avantages accordés aux couples hétérosexuels. Un tribunal des droits de la personne avait accepté cette prétention et sa décision, quand la Commission a reçu la plainte de l'appelante, était en appel devant la Cour d'appel fédérale. Le 29 juin 1990, la Cour d'appel fédérale refusait de sanctionner l'acceptation par la Commission de la prétention de M. Mossop[FN1] . Un pourvoi à la Cour suprême a immédiatement été formé. La Commission a donc maintenu la suspension de la plainte déposée par l'appelante.

4 L'affaire Mossop se trouvait toujours en instance devant la Cour suprême quand, le 6 août 1992, la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire *Haig v. Canada* [FN2] , une action intentée par deux homosexuels membres des Forces armées vides par une directive cadre refusant aux homosexuels la possibilité d'obtenir des promotions, déclarait que « l'orientation sexuelle » devait être ajoutée aux motifs de distinction illicite prévus à l'article 3 de la Loi. Par la suite, soit le 25 février 1993, la Cour suprême du Canada s'est prononcée sur l'affaire Mossop [FN3] . La Cour a souscrit majoritairement à l'opinion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle la Commission avait eu tort d'appliquer la protection concernant la « situation de famille » au couple homosexuel. Le législateur n'avait manifestement pas eu l'intention d'inclure les couples de même sexe dans la définition du terme « famille » contenue dans la Loi. Au vu de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Haig* (précitée), la Cour a noté que la constitutionnalité de l'article 3 de la Loi aurait pu être contestée au motif que l'orientation sexuelle ne figurait pas dans la liste des motifs de distinction illicite, mais que, comme l'appelante n'avait pas répondu à l'invitation de soulever une telle contestation, la Cour ne pouvait que se prononcer sur l'argument initialement présenté, c'est-à-dire celui de la discrimination fondée sur la « situation de famille ».

5 La plainte de l'appelante pouvait donc, enfin, être examinée. La Commission était saisie non seulement du jugement qu'elle avait attendu, mais aussi de l'arrêt *Haig* qu'elle ne pouvait ignorer. Le 23 novembre 1993, la Commission a finalement rendu sa décision, qu'elle exprimait simplement en reprenant les mots de la Loi: [Traduction] « après examen de l'ensemble des circonstances de la plainte, il n'y a plus lieu de lui donner suite ». En fait, et cela n'est pas contesté, la Commission avait décidé de ne plus donner suite aux plaintes fondées notamment sur l'orientation sexuelle, si les actes supposent

discriminatoires avaient precede l'affaire Haig.

6 Le juge de la Section de premiere instance a rejete la demande de controle. Il a refuse de souscrire a la pretention selon laquelle la decision dans Haig avait un effet retroactif remontant jusqu'a 1989, c'est-a-dire l'annee au cours de laquelle la plainte avait ete deposee. Un tel resultat lui semblait contraire au principe de droit fondamental, sinon absolu, interdisant l'application retroactive de la loi. De son point de vue, l'orientation sexuelle n'a ete ajoutee aux motifs enonces a l'article 3 de la Loi qu'a la date du jugement qui a inclus cette expression dans cet article. Il a rejete l'argument selon lequel, de 1989 jusqu'a la decision Haig en 1992, la plainte de l'appelante << etait en cours >>, de sorte qu'elle pouvait etre tranchee en fonction du droit en vigueur a la fin de la procedure, comme dans les procedures criminelles. A son avis, cette regle judiciaire a ete appliquee dans les procedures criminelles pour des motifs qui ne s'etendent pas aux affaires civiles. Selon lui, la decision de la Commission etait purement administrative et ne devait meme pas etre etayee de motifs precis, parmi lesquels on aurait fort bien pu retrouver des considerations d'efficacite administrative et d'ordre public. Dans l'ensemble, la decision ne lui semblait pas deraisnable au point de justifier et d'exiger l'intervention de la Cour par voie de controle judiciaire.

7 Voila donc les principaux aspects de la decision dont nous sommes saisis et le contexte factuel dans lequel elle a ete rendue. Il faut maintenant en examiner le bien-fonde.

8 J'ai dit des le debut que, malgre l'apparente complexite de l'affaire et le nombre de questions qui semblent etre en cause, et qui ont ete longuement debattues par les avocats, j'etais d'avis que le reglement de l'appel pouvait s'appuyer sur un raisonnement relativement simple. Il en est ainsi pour deux raisons.

9 Tout d'abord, le reglement de l'une des questions peut rendre les autres caduques. La conclusion que le jugement Haig doit avoir une application retroactive aurait, en elle-meme, un effet decisif sur l'appel. La raison en est que, si une telle application retroactive est possible, la principale sinon l'unique consideration qui a amene la Commission a sa conclusion - un fait, je le repete, sur lequel les parties s'entendent - n'aurait pas de fondement juridique. Le juge de la Section de premiere instance n'aurait alors eu d'autre choix que d'accueillir la demande de controle et de renvoyer la question au tribunal pour reexamen[FN4] . La retenue judiciaire qui est due a la Commission dans le cadre du controle d'une decision fondee sur le paragraphe 54(1) n'aurait manifestement aucune incidence sur l'affaire et, simultanement, la question de savoir si la regle des affaires << en cours >>, qui est suivie dans les procedures criminelles relativement aux modifications apportees a la loi avant que le jugement final soit rendu, n'aurait plus de pertinence. En fait, telle est precisement la situation, etant donne que j'en suis venu a la conclusion que le jugement Haig a necessairement un effet retroactif.

10 La deuxieme raison pour laquelle je considere maintenant que cette affaire est plus simple qu'elle ne le paraissait au debut, c'est que ma conclusion

selon laquelle l'effet retroactif doit etre donne a un jugement comme Haig est tiree d'une simple analyse de ce qu'un jugement signifie reellement et de ce qu'il cherche a accomplir.

11 Il est bien connu que la Cour supreme, dans l'arret de principe Schachter[FN5] , a confirme que les cours de justice peuvent avoir recours a quatre solutions juridiques quand elles sont aux prises avec une disposition legislative qui semble aller a l'encontre de la Charte canadienne des droits et libertes [qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, no

44]]. La premiere solution, qui est aussi la solution fondamentale, est la sanction formellement exigee par le paragraphe 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 [annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, no 44]], savoir la declaration qu'une disposition est entierement inconstitutionnelle et, par consequent, qu'elle est inoperante. Une autre solution, qui a ete appliquee par le passe et qui est egalement prevue a l'article 52, puisqu'elle s'appuie sur les mots de la version anglaise << to the extent of the inconsistency >> (les dispositions incompatibles) de cet article, consiste a dissocier la partie fautive de la disposition et de declarer inconstitutionnelle uniquement cette partie en laissant le reste de la disposition subsister selon son bien-fonde. Le troisieme redressement, qui a deja ete enonce par la Cour supreme dans Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba[FN6] et qui se trouve inclus, d'une maniere ou d'une autre, dans les pouvoirs inherents des cours de justice de facon a leur permettre d'eviter les perturbations qu'entrainerait l'annulation immediate d'une loi, consiste a suspendre, pendant un certain temps, l'effet de la declaration d'invalidite afin de laisser le temps au legislature d'intervenir et d'adopter les mesures correctrices. Finalement, le quatrieme redressement, une solution completamente nouvelle et inusitee, consiste a inclure dans la loi ce qui en a ete exclu a tort. Deux questions se posent quant aux effets de l'une ou l'autre de ces quatre solutions juridiques: le jugement s'applique-t-il uniquement pour l'avenir ou a-t-il aussi un effet sur le passe, et qui est lie par ce jugement?

12 La reponse a la premiere question se trouve facilement, je pense, en examinant tout simplement le sens et l'objet de la solution qui est retenue. Une declaration d'invalidite s'applique, sans aucune espece de doute, selon mon interpretation, au passe etant donne qu'elle affirme, dans les faits, que la loi est ultra vires de la legislature et, par consequent, qu'elle n'a jamais eu d'effet juridique. Le jugement ne cree pas une nouvelle situation juridique; il a ete rendu a une date donnee et il s'appliquera pour l'avenir, mais il declare simplement ce qui est et ce qui a toujours ete. Cela ne signifie pas que tout ce qui peut avoir decoule de l'application de la loi invalide sera touche. La loi n'avait pas d'existence legale, mais elle a neanmoins existe dans les faits et le systeme juridique ne peut que donner effet a cette realite pour eviter le chaos [FN7] . Toutefois, la loi invalide ne peut regir ou influencer des operations ou des situations qui ne sont pas deja reglees du fait qu'elles sont prescrites, que le delai de prescription est ecoule, ou par suite de l'application de la doctrine de l'erreur de droit, du principe de la chose jugee ou de tout autre principe. Il n'y a pas de raison, a cet egard, de traiter differemment une loi declaree ultra

vires en raison du partage des pouvoirs et une loi declaree invalide en raison des dispositions de la Charte meme si j'accepte que, dans ce dernier cas, il puisse etre necessaire d'apporter des aménagements speciaux.

13 Par ailleurs, la suspension de l'effet de la declaration d'invalidite afin de donner au legislateur le temps d'intervenir entraine necessairement la validation de la disposition pour le passe. La declaration d'invalidite qui est suspendue, si elle vient a prendre effet parce que le legislateur n'aura pas agi dans le delai prescrit, n'aura d'effet que pour l'avenir. En fait, c'est precisement son but[FN8] . Il peut etre difficile de comprendre que les cours de justice puissent donner un effet temporaire a une disposition legislative que la legislature n'avait pas le pouvoir d'adopter et le recours a une telle solution a souvent ete critique parce qu'il prive la partie qui a eu gain de cause d'une reparation adequate[FN9] . Mais, concernant l'absence d'un avantage special pour la partie en cause, il faut se souvenir que nous traitons ici non pas du comportement de l'administration, mais de l'adoption d'une loi par le legislateur lui-meme et, concernant la nature particuliere du pouvoir judiciaire qui est assume, celui-ci peut etre considere comme un elargissement du role et du devoir des cours de justice d'assurer le maintien de la paix et la protection de << l'ordre normatif >> et de la regle de droit.

14 Les deux autres solutions possibles definies dans Schachter doivent etre examinees ensemble bien qu'a plusieurs egards elles se presentent comme deux reparations tout a fait differentes. L'une de ces solutions a deja ete utilisee, bien avant l'adoption de la Charte; l'autre etait tout a fait inconnue avant Schachter. La premiere a un lien direct avec le paragraphe 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982; l'autre est completement en dehors de la portee du paragraphe 52(1). La premiere << refait >> correctement ce que le legislateur a deja fait, quoique d'une facon erronee; l'autre ajoute a ce que le legislateur a fait et meme, parfois, comme en l'espece, va a l'encontre de la volonte du legislateur. Toutefois, les deux reparations ont le meme but et ont recours a la meme technique juridique. Elles sont presentees a bon droit dans Schachter comme etant complementaires: l'une supprime << ce qui a ete inclus en trop >> dans une disposition legislative et l'autre incorpore ce qui en << a ete exclu a tort >>. Dans les deux cas, le but est le meme, c'est-a-dire eviter une declaration d'invalidite qui toucherait la disposition ou le programme dans son ensemble, et dans les deux cas, la technique ne varie pas, etant donne que les cours de justice invoquent simplement leur obligation et leur pouvoir d'interpreter les lois. Il y a peut-etre beaucoup de fiction dans cette solution, mais, ici encore, ce sont les interets de la stabilite et de la continuite qui ont prevalu. De toute facon, il reste que, dans les deux cas, le jugement se fonde de facon non equivoque sur le fait que la disposition doit etre comprise, interpretee et lue comme si le legislateur l'avait redigee, ou reecrite, au moment de l'adoption de la Charte, s'il avait ete adequatement informe a cette date des limites de ses pouvoirs. Il me semble que cela nous amene inevitablement a conclure que la Cour a l'intention de remonter au moment de l'adoption ou de l'entree en vigueur de la Charte en 1982. C'est cette facon de voir qu'a adoptee la Cour d'appel de l'Ontario dans Haig, la raison de son intervention contre l'ordonnance de suspension rendue par le tribunal de premiere instance etant, du moins en tres grande partie, de s'assurer que la decision allait beneficier aux deux plaignants[FN10] . De meme,

c'est l'attitude qu'a adoptée la Cour suprême dans le seul jugement qu'elle a rendu à ma connaissance en s'appuyant sur « l'interprétation large », savoir *Miron c. Trudel*[FN11] . Le résultat final est un peu surprenant en ce sens que la technique de « l'interprétation large » qui, j'en conviens, équivaut à une modification apportée par le tribunal, est rétroactive alors que la modification faite par le législateur est, en principe, uniquement prospective. Mais c'est là l'objet essentiel de ce redressement. Il se peut qu'un jour les cours de justice estiment qu'un nouveau redressement s'impose pour donner effet à une nouvelle interprétation de la Charte, qui réponde mieux aux conditions socio-économiques en place, et qu'elles assument le pouvoir de valider une loi jusqu'au prononcé du jugement tout en ajoutant quelque élément à cette loi pour l'avenir. Ce n'est pas ce dont nous traitons en l'espece.

15 La question de l'application rétroactive d'un jugement de la Cour traitant d'une attaque constitutionnelle peut difficilement être dissociée de la deuxième question concernant l'étendue de l'application du jugement. Qui est lié par le jugement?

16 Pour répondre brièvement à cette question, on dira qu'il s'agit d'un jugement sur l'état du droit; cela relève de la nature d'un jugement *in rem*, dont l'application n'est pas limitée aux parties à l'instance, comme de celle d'un jugement *inter partes* dont le but est de déterminer les droits des parties à l'instance. Toutefois, un problème se pose quant à savoir si le jugement a un effet obligatoire sur les tiers qui ne se trouvent pas dans le ressort territorial du tribunal[FN12] . Je ne crois pas qu'il ait un tel effet, considérant le système juridique de notre pays. Il me semble inconcevable qu'un jugement d'une cour provinciale, même un tribunal de première instance présidé par un juge seul, qui n'a pas été porté en appel, puisse déterminer quelle est la loi du pays pour l'ensemble des Canadiens. Ce sont les limites territoriales de la portée de la déclaration énoncée dans *Haig*, il me semble, qui expliquent pourquoi la Cour suprême du Canada, dans *Mossop*, a pu rendre jugement en 1993 en interprétant l'article 3 de la Loi canadienne sur les droits de la personne sans en tenir compte. Ce sont ces mêmes limites qui expliquent également pourquoi le législateur a dû modifier l'article 3 de la Loi canadienne sur les droits de la personne le 20 juin 1996 [L.C. 1996, ch. 14, art. 2] pour ajouter formellement « l'orientation sexuelle » aux motifs de distinction illicite prévus par la loi de façon à l'inclure dans la loi du pays (ce qu'elle a fait, soit dit en passant, sans même faire référence en *Chambre au jugement ontarien*). Mais je n'ai pas à me prononcer sur ce point puisque, de toute façon, le jugement *Haig* a été rendu à l'encontre de la Commission, qui était partie à l'instance.

17 Par conséquent, je suis d'avis que l'opinion de la Commission selon laquelle la plainte de l'appelante n'était pas assujettie à la déclaration énoncée dans *Haig*, une opinion qui est sans aucun doute au cœur de sa décision de rejeter la plainte, était erronée. Par conséquent, le juge de première instance n'avait d'autre choix que d'infirmar la décision de la Commission et de renvoyer l'affaire pour réexamen. L'appel doit donc être accueilli, la décision du juge de première instance infirmée et l'ordonnance que le juge de première instance aurait dû prononcer doit être rendue.

Le juge Linden, J.C.A.:

Je souscris a ces motifs.

Le juge Robertson, J.C.A.:

Je souscris a ces motifs.

Solicitors of record:

B.C. Public Interest Advocacy Centre, Vancouver, pour l'appelante (requerante).

Le sous-procureur general du Canada pour les intimes Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada et Conseil du Tresor du Canada.

Raven, Jewitt and Allen, Ottawa, pour l'intimee l'Alliance de la fonction publique du Canada.

Service juridique, Commission canadienne des droits de la personne, pour l'intervenante Commission canadienne des droits de la personne.

FN1 [1991] 1 C.F. 18 (C.A.).

FN2 (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.).

FN3 [1993] 1 R.C.S. 554.

FN4 Il est vrai qu'a la lecture la demande mentionnait, outre l'annulation de la decision, des redressements speciaux de la nature du certiorari et du mandamus, mais, devant nous, l'appelante a retire ces demandes.

FN5 Schachter c. Canada, [1992] 2 R.C.S. 679.

FN6 [1985] 1 R.C.S. 721.

FN7 Voir St. Catharines v. H.E.P. Com'n, [1930] 1 D.L.R. 409 (P.C.), confirmant [1928] 1 D.L.R. 598 (H.C. de l'Ont.).

FN8 Les conclusions de la Cour supreme dans Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, precite, a la p. 780, dans lequel ce redressement a ete applique pour la premiere fois, sont tres claires a ce sujet: iii) Les lois de la legislature du Manitoba qui seraient actuellement en vigueur, n'etait-ce du vice dont elles sont entachees sur le plan constitutionnel (c.-a-d. les lois actuelles), sont reputees temporairement valides et operantes a compter de la date du present jugement jusqu'a l'expiration du delai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier; [Non souligne dans l'original.]

FN9 Voir O. Fitzgerald, *Understanding Charter Remedies: A Practitioner's Guide* (Scarborough, Ont.: Carswell, 1994), aux p. 6 a 17.

FN10 Voir les motifs du juge d'appel Krever, a la p. 505.

FN11 [1995] 2 R.C.S. 418. Voir les motifs du juge McLachlin, aux p. 509 et 510.

FN12 Je ne parle pas simplement de l'influence que, bien entendu, le jugement peut avoir sur d'autres cours de justice et tribunaux administratifs, mais de son effet juridique obligatoire.