

**Her Majesty The Queen and Canada  
Employment and Immigration  
Commission** *Appellants*

v.

**Shalom Schachter** *Respondent*

and

**Women's Legal Education and Action  
Fund** *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario, the  
Attorney General of Quebec, the Attorney  
General for New Brunswick, the Attorney  
General of British Columbia, the Attorney  
General for Saskatchewan, the Attorney  
General for Alberta, the Attorney General  
of Newfoundland and Minority Advocacy  
Rights Council** *Interveners*

INDEXED AS: SCHACHTER v. CANADA

File No.: 21889.

1991: December 12; 1992: July 9.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé,  
Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Remedies — Underinclusive benefit — Natural parents not given same benefits as adoptive parents under Unemployment Insurance Act, 1971 — Whether or not s. 52(1) of Constitution Act, 1982 required court to declare offending section of no force or effect — Whether or not s. 24 of Charter enabled court to order natural parents entitled to same benefits as adoptive parents — Constitution Act, 1982, s. 52(1) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15(1), 24(1) — Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 32.*

**Sa Majesté la Reine et la Commission de  
l'emploi et de l'immigration du  
Canada** *Appelantes*

a  
c.

**Shalom Schachter** *Intimé*

b et

**Le Fonds d'action et d'éducation juridiques  
pour les femmes** *Intimé*

c  
et

**Le procureur général de l'Ontario, le  
procureur général du Québec, le procureur  
général du Nouveau-Brunswick, le  
procureur général de la Colombie-  
Britannique, le procureur général de la  
Saskatchewan, le procureur général de  
l'Alberta, le procureur général de Terre-  
Neuve et le Conseil de revendication des  
droits des minorités** *Intervenants*

f  
RÉPERTORIÉ: SCHACHTER c. CANADA

N° du greffe: 21889.

1991: 12 décembre; 1992: 9 juillet.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,  
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et  
McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Réparations — Prestations limitatives — Parents naturels ne bénéficiant pas des mêmes prestations que les parents adoptifs en vertu de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage — L'article 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 exige-t-il que le tribunal déclare inopérant l'article incompatible? — L'article 24 de la Charte donne-t-il au tribunal le pouvoir de statuer que les parents naturels ont droit aux mêmes prestations que les parents adoptifs? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15(1), 24(1) — Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 32.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Appropriate remedy — Underinclusive benefit — Natural parents not given same benefits as adoptive parents under Unemployment Insurance Act, 1971 — Whether or not s. 52(1) of Constitution Act, 1982 required court to declare offending section of no force or effect — Whether or not s. 24 of Charter enabled court to order natural parents entitled to same benefits as adoptive parents.*

Respondent's spouse received 15 weeks of maternity benefits in 1985 under s. 30 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*. Although respondent had intended to stay home with the newborn as soon as his spouse was able to return to work after the birth, he ultimately took three weeks off without pay. He had first applied for benefits under s. 30 in respect of the time he had to take off work, but, since s. 30 was limited to maternity benefits, modified his application to one under s. 32 for "paternity benefits". Section 32 provides for parental benefits for adoptive parents for 15 weeks following the placement of their child with them. These benefits are to be shared between the two parents in accordance with their wishes. The respondent's application was denied on the basis that he was "not available for work", a ground of disentitlement for all applicants except those applying for maternity benefits or adoption benefits.

The respondent appealed the decision to a Board of Referees. The appeal was dismissed and the respondent made a further appeal to an Umpire. This appeal was never heard as the respondent made known his intention to raise constitutional issues and it was agreed by the parties that the Federal Court, Trial Division was a better forum for resolving the constitutional issues. The trial judge found a violation of s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that s. 32 discriminated between natural parents and adoptive parents with respect to parental leave. He granted declaratory relief under s. 24(1) of the *Charter* and extended the same benefits to natural parents as were granted to adoptive parents under s. 32. The violation of s. 15 was subsequently ceded by appellants. The Federal Court of Appeal upheld the trial judge's decision.

The impugned provision was since amended to extend parental benefits to natural parents on the same

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Exécution — Réparation appropriée — Prestations limitatives — Parents naturels ne bénéficiant pas des mêmes prestations que les parents adoptifs en vertu de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage — L'article 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 exige-t-il que le tribunal déclare inopérant l'article incompatible? — L'article 24 de la Charte donne-t-il au tribunal le pouvoir de statuer que les parents naturels ont droit aux mêmes prestations que les parents adoptifs?*

En 1985, l'épouse de l'intimé a reçu des prestations de maternité pendant 15 semaines en vertu de l'art. 30 de la *Loi de 1971 de l'assurance-chômage*. Bien qu'il ait eu l'intention de rester à la maison avec le nouveau-né dès que son épouse pourrait retourner au travail, l'intimé a finalement pris trois semaines de congé sans traitement. Il avait tout d'abord fait une demande de prestations en vertu de l'art. 30 pour justifier son absence du travail mais, puisque l'art. 30 était limité aux prestations de maternité, il a ensuite modifié une formule de demande de «prestations de paternité» en vertu de l'art. 32. Cet article prévoit le versement de prestations aux parents adoptifs pendant 15 semaines à la suite du placement d'un enfant dans leur foyer. Les deux parents peuvent se partager ces prestations comme ils l'entendent. La demande de l'intimé a été refusée parce qu'il n'était pas «disponible pour travailler», motif d'exclusion pour tous les prestataires, sauf ceux faisant une demande de prestations de maternité ou d'adoption.

L'intimé a interjeté appel de la décision auprès d'un conseil arbitral. L'appel a été rejeté et l'intimé a interjeté un autre appel devant un juge-arbitre. Cet appel n'a jamais été entendu puisque l'intimé avait fait connaître son intention de soulever des questions constitutionnelles; les parties ont convenu que la Section de première instance de la Cour fédérale serait mieux placée pour résoudre les questions constitutionnelles. Le juge de première instance a conclu à une violation de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce que l'art. 32 établit une discrimination entre les parents naturels et les parents adoptifs relativement au congé parental. Il a accordé une réparation sous forme de jugement déclaratoire en vertu du par. 24(1) de la *Charte* et octroyé aux parents naturels les mêmes prestations que celles accordées aux parents adoptifs en vertu de l'art. 32. Les appelantes ont par la suite concédé qu'il y a eu violation de l'art. 15 de la *Charte*. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance.

La disposition attaquée a depuis été modifiée et prévoit maintenant que les parents naturels ont droit, selon

footing as they are provided to adoptive parents for a period totalling 10 weeks rather than the original 15.

The constitutional questions stated in this Court queried: (1) whether s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* required that s. 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, given an unequal benefit contrary to s. 15(1) of the *Charter*, be declared of no force or effect, and (2) whether s. 24(1) of the *Charter* conferred on the Federal Court Trial Division the power to order that natural parents are entitled to benefits on the same terms as benefits are available to adoptive parents under s. 32.

*Held:* The appeal should be allowed. The first constitutional question should be answered in the affirmative, leaving open the option of suspending the declaration of invalidity for a period of time to allow Parliament to amend the legislation in a way which meets its constitutional obligations. The second constitutional question should be answered in the negative. Section 24(1) of the *Charter* provides an individual remedy for actions taken under a law which violate an individual's *Charter* rights. A limited power to extend legislation is available to courts in appropriate circumstances by way of the power to read in derived from s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

*Per* Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin J.J.: Generally speaking, when only a part of a statute or provision violates the Constitution, only the offending portion should be declared to be of no force or effect. The doctrine of severance requires that a court define carefully the extent of the inconsistency between the statute in question and the requirements of the Constitution, and then declare inoperative (a) the inconsistent portion, and (b) such part of the remainder of which it cannot be safely assumed that the legislature would have enacted it without the inconsistent portion.

In the case of reading in, the inconsistency is defined as what the statute wrongly excludes rather than what it wrongly includes. Where the inconsistency is defined as what the statute excludes, the logical result of declaring inoperative that inconsistency may be to include the excluded group within the statutory scheme. The reach of the statute is effectively extended by way of reading in rather than reading down.

des modalités identiques, aux mêmes prestations que les parents adoptifs, pendant une période totale de 10 semaines au lieu des 15 semaines prévues initialement.

a Les questions constitutionnelles formulées en Cour suprême sont de savoir (1) si le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* exige que l'art. 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, parce qu'il crée un bénéfice inégal contrairement au par. 15(1) de la *Charte*, soit déclaré inopérant; et (2) si le par. 24(1) donne à la Section de première instance de la Cour fédérale le pouvoir de statuer que les parents naturels ont droit aux mêmes prestations, suivant les mêmes conditions, que celles que peuvent toucher les parents adoptifs en vertu de l'art. 32.

d *Arrêt:* Le pourvoi est accueilli. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative, mais l'effet de cette déclaration d'invalidité peut être suspendu pendant un certain temps pour que le Parlement puisse modifier le texte législatif d'une façon qui lui permette de respecter ses obligations constitutionnelles. La seconde question constitutionnelle reçoit une réponse négative. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* prévoit une réparation individuelle lorsque des mesures prises en vertu d'une loi violent les droits garantis à une personne par la *Charte*. Dans les circonstances appropriées, les tribunaux ont un pouvoir limité, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de donner une interprétation large à une loi pour en étendre le champ d'application.

g Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin: En règle générale, lorsque seulement une partie d'une loi ou d'une disposition viole la Constitution, seule la partie fautive devrait être déclarée inopérante. La doctrine de la dissociation exige du tribunal qu'il précise soigneusement la mesure de l'incompatibilité entre la loi en question et les exigences de la Constitution et qu'il déclare inopérantes a) la partie incompatible, ainsi que b) toute partie du reste de la loi relativement à laquelle il n'y aurait pas lieu de supposer que le législateur l'aurait adoptée sans la partie incompatible.

i Dans le cas de l'interprétation large, l'incompatibilité découle de ce que la loi exclut à tort plutôt que de ce qu'elle inclut à tort. Si l'incompatibilité découle de ce que la loi exclut, la déclaration d'invalidité de cette incompatibilité peut avoir pour effet logique d'inclure le groupe exclu dans le texte législatif en question. La portée de la loi est étendue par interprétation large au lieu de recevoir une interprétation atténuée.

Section 52 of the *Constitution Act, 1982* does not restrict the court to the verbal formula employed by the legislature in defining the inconsistency between a statute and the Constitution. Section 52 declares the law, and not the words expressing that law, to be of no force or effect to the extent of any inconsistency with the Constitution. The inconsistency can be defined as what is left out of the verbal formula as well as what is wrongly included.

The purpose of reading in is to be as faithful as possible within the requirements of the Constitution to the scheme enacted by the legislature. In some cases, of course, it will not be a safe assumption that the legislature would have enacted the constitutionally permissible part of its enactment without the impermissible part. There reading in would not be appropriate. Just as reading in is sometimes required in order to respect the purposes of the legislature, it is also sometimes required in order to respect the purposes of the *Charter*. Reading in therefore is a legitimate remedy akin to severance and should be available under s. 52 in cases where it is an appropriate technique to fulfil the purposes of the *Charter* and at the same time minimize the interference of the court with the parts of legislation that do not themselves violate the *Charter*.

The first step in choosing a remedial course under s. 52 is to define the extent of the inconsistency which must be struck down. Usually, the manner in which the law violates the *Charter* and the manner in which it fails to be justified under s. 1 will be critical to this determination.

In some circumstances, s. 52(1) mandates defining the inconsistent portion which must be struck down very broadly. This will almost always be the case where the legislation or legislative provision does not meet the first part of the *Oakes* test, in that the purpose is not sufficiently pressing or substantial to warrant overriding a *Charter* right. Where the purpose of the legislation is itself unconstitutional, the legislation should almost always be struck down in its entirety.

Where the purpose of the legislation or legislative provision is deemed to be pressing and substantial, but the means used to achieve this objective are found not to be rationally connected to it, the inconsistency to be struck down will generally be the whole of the portion of the legislation which fails the rational connection test. It matters not how pressing or substantial the objective

L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne restreint pas le tribunal à l'examen du libellé employé par le législateur lorsqu'il détermine l'incompatibilité entre une loi et la Constitution. L'article 52 rend inopérantes les dispositions incompatibles d'une règle de droit et non pas les termes d'une loi. L'incompatibilité peut s'entendre tant de ce qui a été omis du libellé de la loi que de ce qui y a été inclus à tort.

L'objet de l'interprétation large est d'être aussi fidèle que possible, dans le cadre des exigences de la Constitution, au texte législatif adopté par le législateur. Il va sans dire que, dans certains cas, il n'y aura pas lieu de supposer que le législateur aurait adopté la partie d'une loi autorisée par la Constitution sans celle qui ne l'est pas. Dans ce cas, l'interprétation large ne conviendrait pas. S'il est parfois nécessaire de procéder par interprétation large pour assurer le respect des objectifs législatifs, il est également nécessaire parfois de procéder de cette façon pour assurer le respect des objets de la *Charte*. L'interprétation large est donc une mesure corrective légitime semblable à la dissociation et devrait pouvoir être utilisée en vertu de l'art. 52 dans les cas où elle constitue une technique appropriée pour satisfaire aux objets de la *Charte* et réduire au minimum l'ingérence judiciaire dans les parties de la loi qui en soi ne sont pas contraires à la *Charte*.

Dans le choix d'une mesure corrective en vertu de l'art. 52, la première étape consiste à déterminer l'étendue de l'incompatibilité qui doit être annulée. Habituellement, il sera essentiel d'examiner de quelle façon la loi en question viole la *Charte* et pourquoi cette violation ne peut être justifiée en vertu de l'article premier.

Dans certaines circonstances, le par. 52(1) exige qu'on détermine d'une façon très large la partie incompatible à annuler. Cela sera presque toujours le cas si la loi ou la disposition législative ne satisfait pas à la première partie du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, en ce que l'objectif ne se rapporte pas à des préoccupations suffisamment urgentes et réelles pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Si l'objectif même de la loi est inconstitutionnel, cette loi doit presque toujours être annulée dans sa totalité.

Lorsque l'on juge que l'objectif de la loi ou de la disposition législative se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles, mais que les moyens choisis pour l'atteindre n'ont pas de lien rationnel avec cet objectif, l'incompatibilité à invalider sera généralement la partie de la disposition qui ne satisfait pas au critère du lien rationnel. Peu importe que l'objectif de la loi se rapporte

of the legislation may be; if the means used to achieve the objective are not rationally connected to it, the objective will not be furthered by somehow upholding the legislation as it stands. Where the second and/or third elements of the proportionality test are not met, there is more flexibility in defining the extent of the inconsistency. Striking down, severing or reading in may be appropriate in cases where the second and/or third elements of the proportionality test are not met.

Having determined the extent of the inconsistency, the means of dealing with it, whether by way of severance, reading in, or striking down legislation in its entirety, must be considered.

One important distinction exists between severing and reading in. In the case of severance, the inconsistent part of the statutory provision can be defined with some precision on the basis of the requirements of the Constitution. This is not always the case with reading in. In cases where the question of how the statute ought to be extended in order to comply with the Constitution cannot be answered with a sufficient degree of precision on the basis of constitutional analysis, the legislature and not the courts must fill in the gaps.

In determining whether reading in is appropriate, the question is not whether courts can make decisions that impact on budgetary policy but rather to what degree they can appropriately do so. A remedy which entails an intrusion into this sphere so substantial as to change the nature of the legislative scheme in question is clearly inappropriate. The court should consider whether the significance of the part which would remain is substantially changed when the offending part is excised. The problem with striking down only the inconsistent portion is that the significance of the remaining portion may change so markedly without the inconsistent portion that the assumption that the legislature would have enacted it is unsafe.

In cases where the issue is whether to extend benefits to a group not included in the statute, the question of the change in significance of the remaining portion sometimes focuses on the relative size of the two relevant groups. The assumption that the legislature would have enacted the benefit is more often sound where the group

à des préoccupations réelles et urgentes, si les moyens utilisés pour l'atteindre n'ont pas un lien rationnel avec cet objectif, le maintien en vigueur de la loi dans sa forme existante n'en favorisera pas l'atteinte. Lorsqu'une loi ne satisfait pas au deuxième ou au troisième élément du critère de la proportionnalité, ou aux deux, on dispose d'une plus grande latitude pour déterminer quelles sont les dispositions incompatibles. Il pourrait convenir de procéder par annulation, dissociation ou interprétation large dans les cas où le texte législatif ne satisfait pas au deuxième ou au troisième élément, ou aux deux.

Un fois établie la mesure de l'incompatibilité d'une disposition, il faut se demander si la bonne réparation est la dissociation, l'interprétation large ou son annulation en totalité.

Il existe une distinction importante entre la dissociation et l'interprétation large. En ce qui concerne la dissociation, la partie incompatible de la disposition législative peut être déterminée avec une certaine précision en fonction des exigences de la Constitution, ce qui ne sera pas toujours possible dans le cas de l'interprétation large. Lorsqu'il n'est pas possible, à partir d'une analyse fondée sur la Constitution, de déterminer avec suffisamment de précision dans quelle mesure il faut élargir la portée d'une loi pour la rendre compatible avec la Constitution, il appartient aux législateurs et non aux tribunaux de combler les lacunes.

Lorsque l'on détermine s'il faut donner une interprétation large à un texte législatif, la question n'est pas de savoir si les tribunaux peuvent prendre des décisions qui entraînent des répercussions de nature financière, mais bien jusqu'à quel point il est de circonstance de le faire. De toute évidence, il ne conviendrait pas d'accorder une réparation qui entraîne un empiétement tellement important sur ce domaine qu'il modifie la nature du régime législatif en question. Le tribunal devrait se demander si le sens du texte qui reste serait grandement modifié par le retranchement des parties fautives. Le problème de l'annulation de la partie incompatible seulement est que le sens de la partie qui reste peut tellement changer en l'absence de la partie incompatible qu'il n'y a pas lieu de supposer que le législateur l'aurait quand même adoptée.

Lorsqu'il s'agit de savoir si l'on doit accorder des bénéfices à un groupe non inclus dans la loi, la question du changement de sens du reste de la loi tourne parfois autour de la taille relative des deux groupes pertinents. La supposition que le législateur aurait adopté le bénéfice est plus souvent fondée si le groupe à ajouter est

to be added is smaller than the group originally benefited. This assumption, however, is not necessarily safe when the group to be added is much larger than the group originally benefited. This is not because of the numbers *per se*. Rather, the numbers may indicate that for budgetary reasons, or simply because it constitutes a marked change in the thrust of the original program, it cannot be assumed that the legislature would have passed the benefit without the exclusion.

It is sensible to consider the significance of the remaining portion when asking whether it is safe to assume that the legislature would have enacted the remaining portion. If the remaining portion is very significant, or of a long standing nature, it strengthens the assumption that it would have been enacted without the impermissible portion. The fact that the permissible part of a provision is encouraged by the purposes of the Constitution, even if not mandated by it, strengthens the assumption that the legislature would have enacted it without the impermissible portion.

The final step is to determine whether the declaration of invalidity of that portion should be temporarily suspended. A court may strike down legislation or a legislative provision but suspend the effect of that declaration until Parliament or the provincial legislature has had an opportunity to fill the void. The question of whether to delay the effect of a declaration is an entirely separate question from whether reading in or nullification is the appropriate route under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Delayed declarations of nullity should not be seen as preferable to reading in cases where reading in is appropriate. The question whether to delay the application of a declaration of nullity should turn not on considerations of the role of the courts and the legislature but rather on considerations relating to the effect of an immediate declaration on the public.

Where s. 52 is not engaged, a remedy under s. 24(1) of the *Charter* may nonetheless be available. This will be the case where the statute or provision in question is not in and of itself unconstitutional, but some action taken under it infringes a person's *Charter* rights. Section 24(1) would there provide for an individual remedy for the person whose rights have been so infringed.

numériquement moins important que le groupe initial de bénéficiaires. Cette supposition n'est cependant pas nécessairement fondée si le groupe à ajouter est numériquement beaucoup plus important que le groupe initial de bénéficiaires. Ce n'est pas seulement une question de chiffres. C'est plutôt que les chiffres peuvent indiquer que, pour des motifs financiers ou simplement parce que cela constituerait un changement marqué de l'objectif du programme initial, on ne peut pas supposer que le législateur aurait adopté le bénéfice en question sans l'exclusion.

Il est raisonnable d'examiner le sens de la partie qui reste lorsqu'on se demande si la supposition que le législateur l'aurait quand même adoptée est fondée. Si la partie qui reste a une très grande importance ou existe depuis longtemps, ce fait vient renforcer la supposition que cette partie aurait été adoptée sans la portion inacceptable. Le fait que les objets de la Constitution favorisent, sans imposer, le maintien de la partie acceptable d'une disposition vient renforcer la supposition que le législateur l'aurait adoptée sans la partie inacceptable.

La dernière étape consiste à déterminer s'il doit y avoir suspension temporaire de l'effet de la déclaration d'invalidité. Un tribunal peut déclarer une loi ou une disposition législative inopérante, mais suspendre l'effet de cette déclaration jusqu'à ce que le législateur fédéral ou provincial ait eu l'occasion de combler le vide. La question de la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité diffère totalement de celle de savoir si l'interprétation large ou l'annulation d'un texte législatif est la solution appropriée en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité ne devrait pas être préférée à l'interprétation large lorsqu'il convient de procéder par interprétation large. La question de savoir s'il y a lieu de suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité ne devrait pas dépendre de considérations ayant trait au rôle des tribunaux et des législateurs, mais plutôt de considérations sur l'effet d'une déclaration d'invalidité sur le public.

Même lorsque l'application de l'art. 52 n'est pas déclenchée, il peut y avoir une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Cela peut se produire quand la loi ou la disposition législative n'est pas inconstitutionnelle en soi, mais qu'elle a donné lieu à une mesure prise en contravention des droits garantis par la *Charte*. Le paragraphe 24(1) offre une réparation à la personne dont les droits ont été violés.

An individual remedy under s. 24(1) of the *Charter* will rarely be available in conjunction with action under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Ordinarily, where a provision is declared unconstitutional and immediately struck down pursuant to s. 52, that will be the end of the matter. No retroactive s. 24 remedy will be available.

The right which was determined to be violated here is a positive right: the right to equal benefit of the law. This benefit was monetary and not one which Parliament is constitutionally obliged to provide to the included group or the excluded group. What Parliament is obliged to do, by virtue of the conceded s. 15 violation, is to equalize the provision of that benefit if it is to be provided at all. The benefit itself is not constitutionally prohibited; it is simply underinclusive. Thus striking down the provision immediately would be inappropriate as such a course of action would deprive eligible persons of a benefit without providing any relief to the respondent. Such a situation demands, at the very least, that the operation of any declaration of invalidity be suspended to allow Parliament time to bring the provision into line with constitutional requirements.

Without a mandate based on a clear legislative objective, reading the excluded group into the legislation would be imprudent. A consideration of the benefit and size of the group and of the budgetary implications of such a course of action underlined this conclusion. The appropriate action was to declare the provision invalid and suspend that declaration to allow the legislative body in question to weigh all the relevant factors in amending the legislation to meet constitutional requirements. Significantly, Parliament did amend the impugned provision after this action was launched and the amendment was not the one that reading in would have imposed.

*Per* La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: The legislation concerned concededly violates the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and does not fall within the very narrow type of cases where only a portion of the legislation may be read down or corrected by reading in material as being the obvious intention of the legislature. There is a long tradition of reading down legislation and, where it substantially amounts to the same thing, reading in is possible. These devices, however, should only be employed in the clearest of cases. In light of Parliament's subsequent action, there was no

Il y aura rarement lieu à une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* en même temps qu'une mesure prise en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Habituellement, si une disposition est déclarée inconstitutionnelle et immédiatement annulée en vertu de l'art. 52, l'affaire sera close. Il n'y aura pas lieu à une réparation rétroactive en vertu de l'art. 24.

Le droit violé en l'espèce est un droit positif: le droit au même bénéfice de la loi. Il s'agit d'un bénéfice pécuniaire, et non pas d'un bénéfice que la Constitution oblige le Parlement à verser au groupe inclus ou au groupe exclu. À la suite de la violation concédée de l'art. 15, le Parlement est tenu d'égaliser la prestation de ce bénéfice, si tant est qu'il doit y avoir prestation. Le bénéfice en soi n'est pas interdit par la Constitution; la disposition pertinente est simplement trop limitative. En conséquence, il ne serait pas approprié de procéder à l'annulation immédiate de la disposition car on priverait ainsi des personnes admissibles d'un bénéfice, sans offrir une réparation à l'intimé. Dans un tel cas, il faut tout au moins que l'effet de la déclaration d'invalidité soit suspendu pour permettre au Parlement d'harmoniser la disposition avec les exigences constitutionnelles.

En l'absence d'un mandat fondé sur un objectif législatif clair, il serait imprudent de donner à la disposition une interprétation large de manière à inclure le groupe exclu. Un examen du bénéfice et de la taille du groupe ainsi que des répercussions financières qui s'ensuivraient vient appuyer cette conclusion. La solution appropriée consistait à déclarer la disposition inopérante et à suspendre l'effet de cette déclaration jusqu'à ce que le législateur concerné ait soupesé tous les facteurs pertinents dans le cadre de la modification de la loi en vue de répondre aux exigences constitutionnelles. Il est révélateur que le Parlement ait modifié la disposition attaquée par suite de la présente action et que cette modification ne soit pas celle qu'aurait imposée une interprétation large.

*Les juges* La Forest et L'Heureux-Dubé: On a concédé que la loi en cause viole la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'elle ne fait pas partie du genre très limité de causes où seule une partie de la loi peut faire l'objet d'une interprétation atténuée ou d'une correction qui introduit, par interprétation large, des éléments reflétant de toute façon l'intention évidente du législateur. L'interprétation atténuée des lois est riche d'une longue tradition et l'interprétation large est possible lorsque cela revient essentiellement au même. Cependant, on ne devrait utiliser ces techniques que dans les cas les plus clairs. Compte tenu de la mesure prise subséquemment par le Parlement, il n'était pas

reason to declare the impugned legislation invalid and then suspend that declaration.

Further dimensions to the issue of reading in and reading down require qualifications to the propositions set down as guidelines by Lamer C.J. The process of reading down or reading in should not be closely tied with the checklist set forth in *R. v. Oakes* because that might encourage a mechanistic approach rather than an examination of more fundamental issues going well beyond the factual context.

### Cases Cited

By Lamer C.J.

**Considered:** *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Attorney-General of Nova Scotia v. Phillips* (1986), 34 D.L.R. (4th) 633; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; **referred to:** *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Tétrault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *R. v. Hebb* (1989), 69 C.R. (3d) 1; *Russow v. B.C. (A.G.)* (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 29; *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970); *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513; *Reference Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.

By La Forest J.

**Referred to:** *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *Tétrault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

### Statutes and Regulations Cited

*Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26, s. 42.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 15(1), 24(1).

opportun de déclarer inopérante la disposition attaquée et de suspendre l'effet de cette déclaration.

D'autres dimensions de la question de l'interprétation large et de l'interprétation atténuée commandent que des réserves soient apportées aux propositions que le juge en chef Lamer a énoncées comme étant des lignes directrices. L'application de l'interprétation atténuée ou de l'interprétation large ne devrait pas être liée étroitement à la liste établie dans l'arrêt *R. c. Oakes* parce qu'elle pourrait favoriser une attitude mécaniste, plutôt que l'étude de questions plus fondamentales qui se situent bien au-delà des faits.

### Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêts examinés:** *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Attorney-General of Nova Scotia c. Phillips* (1986), 34 D.L.R. (4th) 633; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; **arrêts mentionnés:** *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Knodel c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Morgentaler*, [1989] 1 R.C.S. 30; *Tétrault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *R. c. Hebb* (1989), 69 C.R. (3d) 1; *Russow c. B.C. (A.G.)* (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 29; *Welsh c. United States*, 398 U.S. 333 (1970); *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

Citée par le juge La Forest

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *Tétrault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

### Lois et règlements cités

*Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 26, art. 42.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 15(1), 24(1).



*Constitution Act, 1982*, s. 52(1).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 542(2).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 276.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, Rule 341A [ad. SOR/79-57, s. 8].  
*Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, ss. 1, 19.  
*Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13.  
*Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, ss. 30 [am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 4], 32(1) [am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 5].

### Authors Cited

Caminker, Evan. "A Norm-Based Remedial Model for Underinclusive Statutes" (1986), 95 *Yale L.J.* 1185.  
 Duclos, Nitya and Kent Roach. "Constitutional Remedies as 'Constitutional Hints': A Comment on *R. v. Schachter*" (1991), 36 *McGill L.J.* 1.  
 Lajoie, Andrée. "De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux" (1991), 36 *McGill L.J.* 1338.  
 Rogerson, Carol. "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness". In R. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1990] 2 F.C. 129, 66 D.L.R. (4th) 635, 3 C.R.R. (2d) 337, 29 C.C.E.L. 113, 90 C.L.L.C. ¶ 14,005, 108 N.R. 123, dismissing an appeal from a judgment of Strayer J., [1988] 3 F.C. 515, 52 D.L.R. (4th) 525, 20 C.C.E.L. 301, 88 C.L.L.C. ¶ 14,021. Appeal allowed. The first constitutional question should be answered in the affirmative, leaving open the option of suspending the declaration of invalidity for a period of time to allow Parliament to amend the legislation in a way which meets its constitutional obligations. The second constitutional question should be answered in the negative. Section 24(1) of the *Charter* provides an individual remedy for actions taken under a law which violate an individual's *Charter* rights. A limited power to extend legislation is available to courts in appropriate circumstances by way of the power to read in derived from s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 542(2).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276.  
*Code des droits de la personne (1981)*, L.O. 1981, ch. 53, art. 1, 19.  
 a *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).  
*Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 30 [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 150, art. 4], art. 32(1) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 150, art. 5].  
 b *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, ch. L-13.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, règle 341A [aj. DORS/79-57, art. 8].

### Doctrine citée

c  
 Caminker, Evan. «A Norm-Based Remedial Model for Underinclusive Statutes» (1986), 95 *Yale L.J.* 1185.  
 Duclos, Nitya and Kent Roach. «Constitutional Remedies as 'Constitutional Hints': A Comment on *R. v. Schachter*» (1991), 36 *R.D. McGill* 1.  
 d Lajoie, Andrée. «De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux» (1991), 36 *R.D. McGill* 1338.  
 Rogerson, Carol. «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness». In R. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987.

f  
 g  
 h  
 i  
 j  
 POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1990] 2 C.F. 129, 66 D.L.R. (4th) 635, 3 C.R.R. (2d) 337, 29 C.C.E.L. 113, 90 C.L.L.C. ¶ 14,005, 108 N.R. 123, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Strayer, [1988] 3 C.F. 515, 52 D.L.R. (4th) 525, 20 C.C.E.L. 301, 88 C.L.L.C. ¶ 14,021. Pourvoi accueilli. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative, mais l'effet de cette déclaration d'invalidité peut être suspendu pendant un certain temps pour que le Parlement puisse modifier le texte législatif d'une façon qui lui permette de respecter ses obligations constitutionnelles. La seconde question constitutionnelle reçoit une réponse négative. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* prévoit une réparation individuelle lorsque des mesures prises en vertu d'une loi violent les droits garantis à une personne par la *Charte*. Dans les circonstances appropriées, les tribunaux ont un pouvoir limité, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de donner une interprétation large à une loi pour en étendre le champ d'application.

*David Sgayias, Q.C., and Roslyn J. Levine, for the appellants.*

*Brian G. Morgan and Lawrence E. Ritchie, for the respondent Shalom Schachter.*

*Mary A. Eberts and Jenifer Aitken, for the respondent Women's Legal Education and Action Fund.*

*Elizabeth Goldberg and Lori Sterling, for the intervener the Attorney General for Ontario.*

*Jean-Yves Bernard and Madeleine Aubé, for the intervener the Attorney General of Quebec.*

*Gabriel Bourgeois, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.*

*George H. Copley, for the intervener the Attorney General of British Columbia.*

*Ross Macnab, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.*

*Stanley H. Rutwind, for the intervener the Attorney General for Alberta.*

*B. Gale Welsh, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.*

*Emilio S. Binavince, for the intervener Minority Advocacy and Rights Council.*

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

LAMER C.J.—

### Facts

The respondent, Shalom Schachter, and his wife, Marcia Gilbert, were expecting their second child in the summer of 1985. The respondent intended to stay home with the newborn as soon after the birth as his wife was able to return to work. Ultimately, he took three weeks off work without pay.

*David Sgayias, c.r., et Roslyn J. Levine, pour les appelantes.*

*Brian G. Morgan et Lawrence E. Ritchie, pour l'intimé Shalom Schachter.*

*Mary A. Eberts et Jenifer Aitken, pour l'intimé le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.*

*Elizabeth Goldberg et Lori Sterling, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.*

*Jean-Yves Bernard et Madeleine Aubé, pour l'intervenant le procureur général du Québec.*

*Gabriel Bourgeois, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.*

*George H. Copley, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.*

*Ross Macnab, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.*

*Stanley H. Rutwind, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.*

*B. Gale Welsh, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.*

*Emilio S. Binavince, pour l'intervenant le Conseil de revendication des droits des minorités.*

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—

### Les faits

L'intimé, Shalom Schachter, et son épouse, Marcia Gilbert, attendaient leur deuxième enfant à l'été 1985. Monsieur Schachter avait l'intention de rester à la maison avec le nouveau-né dès que son épouse pourrait retourner au travail. Il a finalement pris trois semaines de congé sans traitement.

Marcia Gilbert received fifteen weeks of maternity benefits under s. 30 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. 4. The respondent first applied for benefits under s. 30 in respect of the time he had to take off work, but ultimately modified an application under s. 32, as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 5, for "paternity benefits". This is a section which provides for parental benefits for adoptive parents for 15 weeks following the placement of their child with them. These benefits are to be shared between the two parents in accordance with their wishes. The respondent's application was denied on the basis that he was "not available for work", a ground of disentitlement for all applicants except those applying for maternity benefits or adoption benefits.

The respondent appealed the decision to a Board of Referees. The appeal was dismissed and the respondent made a further appeal to an Umpire. This appeal was never heard as the respondent made known his intention to raise constitutional issues and it was agreed by the parties that the Federal Court, Trial Division was a better forum for resolving the constitutional issues.

The matter proceeded before Strayer J. in the Federal Court, Trial Division. In written reasons, [1988] 3 F.C. 515, Strayer J. found a violation of s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that s. 32 discriminated between natural parents and adoptive parents with respect to parental leave. He granted declaratory relief under s. 24(1), extending to natural parents the same benefits as were granted to adoptive parents under s. 32.

The appellants appealed to the Federal Court of Appeal. In written reasons dated February 16, 1990, [1990] 2 F.C. 129, the Court upheld the Trial Division's decision, Mahoney J.A. dissenting. The appeal was dismissed.

Marcia Gilbert a reçu des prestations de maternité pendant quinze semaines en vertu de l'art. 30 de la *Loi de 1971 de l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, modifié par S.C. 1980-81-82-83, ch. 150, art. 4. L'intimé avait tout d'abord fait une demande de prestations en vertu de l'art. 30 pour justifier son absence du travail, pour ensuite modifier une formule de demande de «prestations de paternité» en vertu de l'art. 32, modifié par S.C. 1980-81-82-83, ch. 150, art. 5. Cet article prévoit le versement de prestations aux parents adoptifs pendant quinze semaines à la suite du placement d'un enfant dans leur foyer. Les deux parents peuvent se partager ces prestations comme ils l'entendent. La demande de l'intimé a été refusée parce qu'il n'était pas «disponible pour travailler», motif d'exclusion pour tous les prestataires, sauf ceux faisant une demande de prestations de maternité ou d'adoption.

L'intimé a interjeté appel de la décision auprès d'un conseil arbitral. L'appel a été rejeté et l'intimé a interjeté un autre appel devant un juge-arbitre. Cet appel n'a jamais été entendu puisque l'intimé avait fait connaître son intention de soulever des questions constitutionnelles; les parties ont convenu que la Section de première instance de la Cour fédérale serait mieux placée pour résoudre les questions constitutionnelles.

L'affaire a été entendue par le juge Strayer de la Section de première instance de la Cour fédérale. Dans son jugement, [1988] 3 C.F. 515, le juge Strayer a conclu à une violation de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce que l'art. 32 établit une discrimination entre les parents naturels et les parents adoptifs relativement au congé parental. Il a accordé une réparation sous forme de jugement déclaratoire en vertu du par. 24(1) et octroyé aux parents naturels les mêmes prestations que celles accordées aux parents adoptifs en vertu de l'art. 32.

Les appelantes ont interjeté appel à la Cour d'appel fédérale. Dans ses motifs écrits du 16 février 1990, [1990] 2 C.F. 129, la Cour a confirmé la décision de la Section de première instance; le juge Mahoney était dissident. L'appel a été rejeté.

On November 15, 1990, the appellants were granted leave to appeal to this Court.

It should be noted that the impugned provision has since been amended by Parliament to extend parental benefits to natural parents on the same footing as they are provided to adoptive parents for a period totalling 10 weeks rather than the original 15.

### Relevant Statutory and Constitutional Provisions

The relevant provision of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, reads as follows:

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.

The relevant provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* read as follows:

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

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.

The relevant provision of the *Constitution Act, 1982* reads as follows:

Le 15 novembre 1990, notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi aux appelantes.

Je tiens à signaler que le Parlement a depuis modifié la disposition attaquée, qui prévoit maintenant que les parents naturels ont droit, selon des modalités identiques, aux mêmes prestations que les parents adoptifs, pendant une période totale de 10 semaines au lieu des 15 semaines prévues initialement.

### Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Voici la disposition pertinente de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*:

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.

Voici les dispositions pertinentes de la *Charte canadienne des droits et libertés*:

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

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.

Voici la disposition pertinente de la *Loi constitutionnelle de 1982*:

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.

### Judgments Below

#### *Federal Court, Trial Division (Strayer J.)*

Strayer J. held that s. 32 denied equal benefit of the law with discrimination on the basis of parental status, thereby infringing the s. 15 rights of the respondent. No s. 1 analysis was undertaken. Having decided that there was an infringement, Strayer J. went on to consider the appropriate remedy. In his view, at p. 543, two options were available:

I could either declare section 32 to be invalid in its present form, thus denying benefits to those already within it, or I could simply declare the entitlement of natural parents to benefits equal to those now provided to adoptive parents under section 32. Counsel for the plaintiff [respondent] and for the intervenor [LEAF] argued for the latter approach, while counsel for the defendants [appellants] argued that I must, if I concluded there was unequal benefit of the law, strike down the existing benefits in section 32.

Given that Strayer J. found s. 32 to be defective, not because it provided prohibited benefits but because it was "underinclusive", he did not consider it appropriate to deprive those persons already qualified under s. 32 of their benefits. Rather, he decided to make a declaration that other persons in similar circumstances were entitled to the same benefits, until such time as Parliament amended the legislation in a way which met the requirements of s. 15. Further, he ordered that the respondent's application for benefits be reconsidered on the basis that if, apart from his status as a natural parent, he met the requirements of the section, he was entitled to benefits. Pursuant to Rule 341A (*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, ad.

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

*a*

### Les tribunaux d'instance inférieure

#### *Section de première instance de la Cour fédérale (le juge Strayer)*

*b*

Le juge Strayer a conclu que l'art. 32 déroge au principe du même bénéfice de la loi par voie de discrimination fondée sur l'état parental et porte ainsi atteinte aux droits que l'art. 15 garantit à l'intimé. Il n'a pas procédé à une analyse fondée sur l'article premier. Ayant décidé qu'il y avait eu violation, le juge a ensuite examiné la réparation appropriée. À son avis, il existe deux options (à la p. 543):

*d*

Ou bien je pourrais déclarer que l'article 32 est invalide dans sa forme actuelle, refusant ainsi des prestations à ceux qui y ont déjà droit, ou bien je pourrais déclarer que les parents naturels ont droit à des prestations égales à celles dont les parents adoptifs bénéficient sous le régime de l'article 32. Les avocats du demandeur [de l'intimé] et de l'intervenant [Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes] ont penché pour la dernière solution, alors que celui des défenderesses [appellantes] a fait valoir que si je concluais qu'il n'y avait pas même bénéfice de la loi, je devrais déclarer invalides les prestations actuelles prévues à l'article 32.

*g*

Puisque le juge Strayer a conclu que l'art. 32 est entaché de vice, non pas parce que les prestations qu'il prévoit sont interdites par la *Charte*, mais parce qu'«il ne couvre pas toutes les situations», il n'a pas jugé bon de priver les personnes visées à l'art. 32 de leurs prestations. Il a plutôt rendu un jugement déclaratoire portant que d'autres personnes, placées dans des circonstances similaires, ont droit aux mêmes prestations, jusqu'à ce que le législateur ait modifié la loi conformément aux exigences de l'art. 15. Il a également ordonné qu'on procède à un réexamen de la demande de prestations de l'intimé en tenant pour acquis que, s'il remplit par ailleurs les exigences de l'article, il a droit à des prestations. Conformément à la règle 341A des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (aj. DORS/79-57, art. 8), le juge Strayer a

SOR/79-57, s. 8), Strayer J. suspended the operation of his judgment pending appeal.

suspendu l'effet de son jugement jusqu'à l'issue de l'appel.

*Court of Appeal* (Heald J.A. for the majority)

*La Cour d'appel fédérale* (le juge Heald au nom de la majorité)

Since the parties conceded at the outset that s. 15(1) of the *Charter* had been violated, the Court of Appeal dealt only with the jurisdiction of the trial judge to accord the remedy sought by the respondent.

Puisque les parties ont concédé d'entrée de jeu qu'il y a eu violation du par. 15(1) de la *Charte*, la Cour d'appel n'a examiné que la compétence du juge de première instance d'accorder la réparation demandée par l'intimé.

Heald J.A. noted at the outset that the appellants had conceded that, had the Trial Division had the jurisdiction to grant the remedy it did, the order was "just and appropriate in the circumstances". Heald J.A. determined that the trial judge did have the jurisdiction to grant a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. He did not accept the appellants' argument that the only option which was open to the trial judge in the circumstances was to strike down the impugned provision pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. He found, at p. 137, the distinction made by the trial judge between legislation which "is unconstitutional because of what it provides and legislation which is unconstitutional because of what it omits" to be an apt one. He held that here it was permissible to have recourse to s. 24 because the impugned provision was unconstitutional solely because it was not sufficiently broad in scope. "It is the omission in this case that is unconstitutional, not the legislation itself." Therefore, in his opinion, s. 52 was not engaged.

Le juge Heald a fait remarquer dès le départ que les appelantes ont concédé que, si l'on tient pour acquis que la Section de première instance a compétence pour accorder réparation, l'ordonnance rendue était «juste et appropriée dans les circonstances». Il a décidé que le juge de première instance avait la compétence requise pour accorder une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Il n'a pas accepté la thèse des appelantes que le seul recours du juge de première instance dans les circonstances était d'annuler la disposition attaquée en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il a déclaré valable, à la p. 137, la distinction faite par le juge de première instance 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». À son avis, il était possible de recourir à l'art. 24 parce que la disposition attaquée était inconstitutionnelle seulement parce qu'elle n'avait pas une portée suffisamment large. «En l'espèce, c'est l'omission qui est inconstitutionnelle, non pas la disposition elle-même.» En conséquence, il a conclu que l'art. 52 ne pouvait s'appliquer.

Heald J.A. further considered the "interface" between ss. 24 and 52 when a violation of s. 15 has been found. He held, at p. 142, that:

Le juge Heald a ensuite examiné «l'interaction» des art. 24 et 52 dans le contexte d'une violation de l'art. 15. Il a conclu, à la p. 142:

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*.

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.