

T-160-90

T-160-90

Michelle Douglas (Plaintiff)**Michelle Douglas (demanderesse)**

v.

c.

Her Majesty the Queen (Defendant)**Sa Majesté la Reine (défenderesse)***INDEXED AS: DOUGLAS v. CANADA (T.D.)**RÉPERTORIÉ: DOUGLAS c. CANADA (1^{re} INST.)*

Trial Division, MacKay J.—Toronto, October 27; Ottawa, December 1, 1992.

Section de première instance, juge MacKay—Toronto, 27 octobre; Ottawa, 1^{er} décembre 1992.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Armed forces officer admitting to being lesbian — Accepting release, alternative being retention subject to severe career restrictions — Action for damages, declarations — Crown, following out-of-court settlement, consenting to judgment plaintiff's Charter s. 15 rights denied — While case law concerning application of s. 15 to homosexuals unsettled, declarations agreed to supportable in current state of law.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Un officier des Forces armées reconnaît être lesbienne — Elle accepte sa libération, plutôt que de rester en voyant sa carrière assujettie à de sérieuses restrictions — Action en dommages-intérêts, jugement déclaratoire — La Couronne, à la suite d'un arrangement à l'amiable, a consenti au jugement concluant au déni des droits de la demanderesse garantis par l'art. 15 de la Charte — Bien que la jurisprudence sur l'applicabilité de l'art. 15 aux homosexuels ne soit pas fixée, les déclarations auxquelles la Couronne a consenti sont défendables dans l'évolution actuelle de la jurisprudence.

Armed forces — Officer admitting to being lesbian — Accepting release, alternative under interim policy then applicable being retention with severe career restrictions — Action for damages, declarations — Parties agreeing to settlement providing for judgment plaintiff's Charter s. 15 rights denied, defendant's interim policy as to homosexuals contrary to Charter.

Forces armées — Un officier reconnaît être lesbienne — Elle accepte sa libération, l'autre solution en vertu de la politique temporaire alors applicable étant de rester en voyant sa carrière assujettie à de sérieuses restrictions — Action en dommages-intérêts, jugement déclaratoire — Les parties consentent à un arrangement prévoyant un jugement qui conclut qu'il y a eu déni des droits de la demanderesse garantis à l'art. 15 de la Charte, et qui déclare contraire à la Charte la politique temporaire de la défenderesse à l'égard des homosexuels.

Practice — Judgments and orders — Consent judgment — Action for damages, declaration plaintiff's Charter s. 15 rights infringed by Canadian Forces' interim policy regarding homosexuals — Out-of-court settlement — Draft judgment submitted to Court — Judgment signed as presented without reference to parties' consent — Judgment binding parties only — Where case settled, Court ordinarily not looking beyond terms of judgment agreed upon if within scope of relief sought, might have been granted at trial — Consent not questioned, even where Crown a party — Whether process here followed appropriate to resolution of Charter issues open to debate.

Pratique — Jugements et ordonnances — Jugement sur consentement — Action en dommages-intérêts, jugement déclaratoire portant que la politique temporaire des Forces armées à l'égard des homosexuels a violé les droits de la demanderesse conférés par l'art. 15 de la Charte — Arrangement à l'amiable — Projet de jugement soumis à la Cour — Jugement signé tel que soumis sans mention du consentement des parties — Le jugement ne lie que les parties — Lorsque l'affaire est réglée, le tribunal ne regarde ordinairement pas au-delà des termes du jugement auquel ont consenti les parties s'il reste dans les limites de la réparation recherchée, et qu'il aurait pu être accordé dans le cadre d'un procès — Le consentement n'est pas mis en cause, même lorsque la Couronne est une partie — La question de savoir si la façon de procéder en l'espèce convient au règlement des affaires fondées sur la Charte est sujette à débat.

This was an action for damages and declaratory relief following the plaintiff's release from the Armed Forces. The plaintiff, an officer, accepted release from the Canadian Armed Forces after admitting that she was a lesbian. The alternative was to be retained with severe career restrictions: ineligibility for promotion, conversion of existing terms of service, posting outside the geographic area, further training, and transfer to the reserve force. Although, shortly before trial, the parties agreed

Il s'agit d'une action en dommages-intérêts et en jugement déclaratoire à la suite de la libération de la demanderesse des Forces armées. Cette dernière, qui était officier, a accepté sa libération des Forces armées canadiennes après avoir reconnu être lesbienne. Son autre choix était de rester dans les Forces armées et de voir sa carrière assujettie à de sérieuses restrictions: inadmissibilité à l'avancement, à la conversion de ses états de service, aux mutations dans une autre région ou dans la

upon a disposition including terms of a declaratory judgment which provided that plaintiff's Charter, section 15 rights had been denied and that the defendant's policies regarding service of homosexuals in the Canadian Forces were contrary to the Charter, reasons for judgment were prepared in that this case may take on greater significance than the typical out-of-court settlement.

Held, the draft judgment as agreed upon by the parties should be signed.

The judgment binds only the parties, and only in relation to the issues raised in this action and settled by the terms of the judgment agreed upon. Normally, if the relief granted is within the scope of that prayed for in the pleadings and might have been granted after trial, a court does not look beyond the terms of the judgment agreed upon. The Court does not have any duty to question a consent by the parties to the judgment, even where the Crown is one of the parties represented by its legal advisors. The process adopted herein and judgment now rendered resolve difficult issues on which public opinion appears deeply divided, on the basis of a decision made by the executive branch of government in relation to a claim by one citizen. There was no decision of Parliament to be assessed. Nor was there a considered decision by this Court after adjudication of facts and argument in relation to the Charter. Whether the process here followed is an appropriate one for the resolution of Charter issues remains open to debate. There is authority supporting the proposition that declaratory relief should not be lightly refused when there is agreement between the parties that it should be granted, unless the Court finds that to do so would not be justified on the facts or would constitute a miscarriage of justice. Consideration of the case law relating to the application of section 15 to homosexual rights revealed that the issue is not yet settled, but the declarations granted herein were supportable in the current state of evolving case law.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Elections Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 14.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 39.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b),(d), 3, 7, 15(1).
Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, s. 3.
Expropriation Act, R.S.C., 1985, c. E-21.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 340, 341.
Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9.

réserve, à d'autres cours de formation. Bien que peu avant le procès, les parties aient convenu d'un arrangement comprenant notamment les termes d'un jugement déclaratoire qui prévoyait que les droits de la demanderesse garantis par l'article 15 de la Charte avaient été violés et que la politique de la défenderesse à l'égard du service des homosexuels dans les Forces canadiennes était contraire à la Charte, des motifs de jugement ont été rédigés parce que cette affaire peut revêtir une plus grande importance que le règlement typique entre parties.

Jugement: le projet de jugement dont ont convenu les parties doit être signé.

Le jugement ne lie que les parties, et seulement en ce qui concerne les questions soulevées en l'espèce et réglées par les modalités du jugement dont ont convenu les parties. Normalement, si la réparation accordée reste dans les limites de celle que recherchaient les actes de procédure et si elle avait pu être accordée à l'issue d'un procès, le tribunal ne va pas au-delà des modalités convenues du jugement. Il n'est pas tenu de mettre en question le consentement au jugement des parties, même lorsque la Couronne est l'une des parties, représentée par ses conseillers juridiques. La façon de procéder dans cette affaire et le jugement actuellement rendu apportent une solution à des questions délicates sur lesquelles l'opinion publique semble profondément partagée, essentiellement sur le fondement de la décision de la branche exécutive du gouvernement à l'égard des prétentions d'une citoyenne. Il n'existe aucune décision du Parlement à apprécier, ni aucune décision de cette Cour après mise en délibéré, conclusions de faits et débat sur la Charte. La question de savoir si le processus suivi en l'espèce convient au règlement d'affaires relatives à la Charte reste une question susceptible de débat. Des décisions appuient la proposition voulant que l'on ne devrait pas refuser sans motifs sérieux un jugement déclaratoire lorsque les parties s'entendent pour qu'il soit accordé, à moins que le tribunal ne conclue que cela n'est pas justifié par les faits ou constitue un déni de justice. L'étude de la jurisprudence ayant trait à l'application de l'article 15 aux droits des homosexuels a révélé que la question n'est pas encore réglée, mais les déclarations accordées en l'espèce sont défendables compte tenu de l'état actuel de la jurisprudence qui évolue.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2(b),(d), 3, 7, 15(1).
Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33, art. 3.
Loi électorale du Canada, S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), ch. 14.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 39.
Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch. O-9.
Loi sur l'expropriation, L.R.C. (1985), ch. E-21.

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 340, 341.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Muldoon v. Canada, [1988] 3 F.C. 628; (1988), 21 F.T.R. 154 (T.D.); *Galway v. Minister of National Revenue*, [1974] 1 F.C. 600; [1974] C.T.C. 454; (1974), 74 D.T.C. 6355; 2 N.R. 317 (C.A.); *Galway v. Minister of National Revenue*, [1974] 1 F.C. 593; [1974] C.T.C. 313; (1974), 74 D.T.C. 6247; 2 N.R. 317 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Haig v. Canada (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.); *Haig v. Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 245; (1991), 86 D.L.R. (4th) 617 (Gen. Div.).

CONSIDERED:

Canadian Parks and Wilderness Society v. Superintendent of Wood Buffalo National Park, T-272-92, MacKay J., judgment dated 23/6/92, 9 pp., F.C.T.D., not yet reported; *Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service)*, [1990] 1 F.C. 321; (1989), 39 Admin. L.R. 161; 44 C.R.R. 364; 29 F.T.R. 74 (T.D.); *Veysey v. Canada (Correctional Service)* (1990), 109 N.R. 300 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1991] 1 F.C. 18; (1990), 71 D.L.R. (4th) 661; 32 C.C.E.L. 276; 12 C.H.R.R. D/355; 90 CLLC 17,021 (C.A.); leave to appeal granted *sub nom. Canadian Human Rights Commission v. Department of Secretary of State*, [1991] S.C.R. vi; *Egan v. Canada*, [1992] 1 F.C. 687; (1991), 87 D.L.R. (4th) 320; C.E.B. & P.G.R. 8110; 47 F.T.R. 305 (T.D.); *Neilsen v. Canada (Human Rights Commission)*, [1992] 2 F.C. 561; (1992), 9 C.R.R. (2d) 289 (T.D.).

REFERRED TO:

Elliott v. The Queen and four other actions (1979), 17 L.C.R. 97 (F.C.T.D.); *The Queen v. Stevenson Construction Co Ltd et al*, [1979] CTC 86; (1979), 79 DTC 5044; 24 N.R. 390 (F.C.A.); *Brougham Sand & Gravel Ltd. v. The Queen*, [1977] 1 F.C. 655; (1976), 11 L.C.R. 316 (T.D.); *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 1.

ACTION for damages and declaratory relief following release from Canadian Armed Forces after plaintiff admitted to being a lesbian. Declaratory judgment granted in accordance with draft judgment reflecting out-of-court settlement.

COUNSEL:

Clayton Ruby and Harriet Sachs for plaintiff.

Kenneth C. Cancellara for defendant.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Muldoon c. Canada, [1988] 3 C.F. 628; (1988), 21 F.T.R. 154 (1^{re} inst.); *Galway c. Le ministre du Revenu national*, [1974] 1 C.F. 600; [1974] C.T.C. 454; (1974), 74 D.T.C. 6355; 2 N.R. 317 (C.A.); *Galway c. Le ministre du Revenu national*, [1974] 1 C.F. 593; [1974] C.T.C. 313; (1974), 74 D.T.C. 6247; 2 N.R. 317 (C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Haig v. Canada (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.); *Haig v. Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 245; (1991), 86 D.L.R. (4th) 617 (Div. Gén.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Société pour la protection des parcs et de sites naturels du Canada c. Directeur du parc national Wood Buffalo, T-272-92, juge MacKay, jugement en date du 23-6-92, 9 p., C.F. 1^{re} inst., encore inédit; *Veysey c. Canada (Commissaire du Service correctionnel)*, [1990] 1 C.F. 321; (1989), 39 Admin. L.R. 161; 44 C.R.R. 364; 29 F.T.R. 74 (1^{re} inst.); *Veysey c. Canada (Service Correctionnel)* (1990), 109 N.R. 300 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1991] 1 C.F. 18; (1990), 71 D.L.R. (4th) 661; 32 C.C.E.L. 276; 12 C.H.R.R. D/355; 90 CLLC 17,021 (C.A.); autorisation de pourvoi accordée *sub nom. Commission canadienne des droits de la personne c. Secrétariat d'État*, [1991] 1 R.C.S. vi; *Egan c. Canada*, [1992] 1 C.F. 687; (1991), 87 D.L.R. (4th) 320; C.E.B. & P.G.R. 8110; 47 F.T.R. 305 (1^{re} inst.); *Neilsen c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 C.F. 561; (1992), 9 C.R.R. (2d) 289 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Elliott c. La Reine et quatre autres actions (1979), 17 L.C.R. 97 (C.F. 1^{re} inst.); *La Reince c. Stevenson Construction Co Ltd et autres*, [1979] CTC 86; (1979), 79 DTC 5044; 24 N.R. 390 (C.A.F.); *Brougham Sand & Gravel Ltd. c. La Reine*, [1977] 1 C.F. 655; (1976), 11 L.C.R. 316 (1^{re} inst.); *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 1.

ACTION en dommages-intérêts et en jugement déclaratoire à la suite de la libération de la demanderesse des Forces armées après qu'elle eût admis être lesbienne. Le jugement déclaratoire est accordé conformément au projet de jugement qui reflète l'arrangement à l'amiable survenu.

AVOCATS:

Clayton Ruby et Harriet Sachs pour la demanderesse.

Kenneth C. Cancellara pour la défenderesse.

SOLICITORS:

Ruby & Edwardh, Toronto, for plaintiff.

Cassels, Brock & Blackwell, Toronto, for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MAC KAY J.: In this action, commenced by statement of claim filed in January 1990, the plaintiff claims damages and declaratory relief following her severance from the Canadian Armed Forces in which she had formerly served as an officer.

Shortly before trial of the action was scheduled to commence, the parties through counsel agreed on settlement of the matter including the terms of a declaratory judgment relating in part to the relief claimed by the plaintiff. The draft judgment as agreed upon between them was presented to me at the hearing scheduled for the trial and after brief consideration, I signed that judgment as presented and requested by the parties.

I did not render oral reasons at the time. However, because the circumstances are somewhat unusual, because the judgment might hereafter be given more significance than a resolution between parties ordinarily warrants, and because the process raises an issue of policy where 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]] questions are raised, these reasons are now recorded and filed.

The plaintiff joined the Armed Forces on November 26, 1986 as a direct entry officer. In the following March she graduated from basic training at the top of her class, received a senior parade appointment and was promoted to the rank of 2nd Lieutenant. From March to August 1987 she successfully completed French language training, and in September she was posted to the Military Police following her earlier top secret security clearance, essential for that posting. From November 1987 to May 1988 she

PROCUREURS:

Ruby & Edwardh, Toronto, pour la demanderesse.

Cassels, Brock & Blackwell, Toronto, pour la défenderesse.

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

LE JUGE MAC KAY: Dans cette action, introduite par une déclaration déposée en janvier 1990, la demanderesse réclame des dommages-intérêts et un jugement déclaratoire suite à son départ des Forces armées canadiennes dans lesquelles elle avait servi en qualité d'officier.

Peu avant le moment où devait débiter l'instruction de l'action, les parties, par l'entremise de leurs avocats, ont convenu d'un règlement de l'affaire, y compris les modalités d'un jugement déclaratoire portant en partie sur la réparation recherchée par la demanderesse. Le projet de jugement dont avaient convenu les parties m'a été soumis à l'audience prévue pour l'instruction de l'affaire, et après un bref examen, j'ai signé ce jugement tel que les parties l'ont soumis et l'ont demandé.

Je n'ai pas rendu de motifs oraux à l'époque. Cependant, les circonstances étant quelque peu inusitées, parce que le jugement pourrait par la suite revêtir une plus grande importance que ne le justifie ordinairement un règlement entre parties, et parce que cet acte de procédure soulève une question de politique qui à son tour soulève des questions fondées sur 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, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], ces motifs sont maintenant enregistrés et déposés.

La demanderesse s'est jointe aux Forces armées le 26 novembre 1986 directement en qualité d'officier. Au mois de mars suivant, elle a terminé sa formation de base à la tête de sa classe, on lui a donné une fonction de commandement supérieur lors d'un défilé et elle a été promue au rang de sous-lieutenant. De mars à août 1987, elle a suivi avec succès une formation en langue française, et en septembre elle a été affectée à la Police militaire après avoir obtenu son habilitation aux informations classées très secret, obligatoire pour

was posted to basic security officer training, a course from which she graduated first in her class. She ought then to have been appointed to the rank of 1st Lieutenant but was not at that time, the defendant says by a mere oversight. In June 1988 she was assigned to central detachment of the Special Investigations Unit as an operations officer. In late June and July of that year she was interviewed on more than one occasion by senior officers concerning her sexual orientation and in July she admitted she was a lesbian, after having earlier denied this. She was then transferred from the Military Police and was transferred to Toronto as base protocol officer/information officer/co-ordinator of official languages.

In February 1989 a special career review board was convened to consider the effect on her career of her admission of having engaged in homosexual activities. That Board's recommendation that she be released from the Canadian Armed Forces, in accordance with the Forces' interim policy then applicable, was accepted by the Forces on April 19, 1989. Then on May 16 the plaintiff was given notice of intent to recommend her release from the Canadian Forces because of her admitted homosexual activities, in accordance with the then interim policy of the Forces.

That interim policy applicable at the time provided that administrative action might be taken to release a member of the Canadian Forces who acknowledges that he or she is a homosexual and the member concerned does not object to being released. If the member did not agree to be released he or she would be retained with career restrictions which, in the plaintiff's case, would have meant she was ineligible for promotion, for conversion of her existing terms of service, for posting outside the geographic area, for transfer to the reserve force or for any further qualification courses or training except that required to carry out restricted employment.

The policy applicable in the Canadian Armed Forces is described in the statement of claim, and

occuper un tel poste. De novembre 1987 à mai 1988, elle a suivi le cours de formation de base des officiers de sécurité, dont elle est sortie la première de sa classe. Elle aurait dû alors être promue au rang de lieutenant mais elle ne l'a pas été à ce moment-là à la suite d'un simple oubli, selon la défenderesse. En juin 1988, elle a été affectée au détachement central de l'Unité des enquêtes spéciales en qualité d'officier des opérations. À la fin de juin et en juillet de cette année, elle a été interrogée plus d'une fois par des officiers supérieurs à l'égard de son orientation sexuelle et en juillet, elle a admis être lesbienne après l'avoir initialement nié. Elle a ensuite dû quitter la police militaire pour assumer, à Toronto, les fonctions d'officier du protocole/officier d'information/coordonnateur—langues officielles.

En février 1989, un conseil spécial de révision des carrières a été convoqué pour étudier les conséquences qu'avait sur sa carrière son aveu d'avoir eu des relations homosexuelles. La recommandation de ce conseil de rendre la demanderesse à la vie civile, conformément à la politique temporaire alors en vigueur dans les Forces armées, a été acceptée par celles-ci le 9 avril 1989. Puis, le 16 mai, la demanderesse a été avisée de la décision de recommander sa libération des Forces armées en raison de ses activités homosexuelles avouées, conformément à la politique temporaire alors en vigueur dans les Forces armées.

La politique temporaire applicable à l'époque prévoyait que l'on pouvait prendre des mesures administratives en vue de rendre à la vie civile un membre des Forces armées qui reconnaissait être homosexuel et qui ne s'opposait pas à recevoir son congé. En cas d'opposition, la personne en cause restait dans les Forces armées, mais sa carrière était assujettie à des restrictions qui, dans le cas de la demanderesse, signifiaient que des avantages lui étaient inaccessibles, par exemple les promotions, la conversion de ses états de service, les mutations dans une autre région ou dans la réserve et tous autres cours de formation ou d'aptitude professionnelle sauf ceux nécessaires à l'exécution de fonctions assujetties à des restrictions.

La politique applicable aux Forces armées canadiennes est exposée dans la déclaration, et reconnue

admitted by the statement of defence filed on behalf of Her Majesty the Queen, in the following terms.

15. The Canadian Armed Forces Administrative Order (CFAO) 19-20 provides in paragraph 7 thereof:

“Service policy does not allow homosexual members or members with a sexual abnormality to be retained in the CF.”

and further provides in paragraph 8 thereof that in such a case a member is to be released under Item 5(d) of the table to Queen’s Regulations and Orders (Q.R.+ O.) 15.01, made pursuant to the National Defence Act.

16. Item 5(d) of Q.R.+ O. 15.01 is a category under “Reasons for Release” headed “Not Advantageously Employable”. The “Special Instructions” incorporated as part of Item 5(d) of Q.R.+ O. 15.01 indicate that this item:

“applies to the release of an officer or man because of an inherent lack of ability or aptitude to meet military classification or trade standards, or who is unable to adapt to military life; or who, either wholly or chiefly because of the conditions of military life or other factors beyond his control, develops personal weaknesses or has domestic or other personal problems that seriously impair his usefulness to or impose an excessive administrative burden on the Canadian Forces.”

17. On the 11th of February, 1987 CFAO 19-20 was modified to provide that if a member of the Canadian Forces refuses to take a release under Item 5(d) of Q.R.+O. 15.01 then that member will be retained “with career restrictions” in the Canadian Forces while the policy is being reviewed. As a career restricted officer the Plaintiff would have been ineligible for promotion, conversion of her present terms of service, posting outside the geographic area or transfer to the Reserve Force. In addition she would have been ineligible for further qualification courses or training except that required for her to carry out restricted employment.

While her release from the Forces because of engaging in homosexual activities was under consideration, a separate investigation was initiated with respect to the plaintiff’s security clearance. This was initiated because it was believed the plaintiff accessed and reviewed a classified report and divulged information regarding the contents of the report, contrary to security procedures. On April 4, 1989 a security clearance review board recommended that, because of a demonstrated disregard for security regulations and apparent strong loyalty to members of the homosexual community, the plaintiff be denied any level of security clearance. This recommendation

par la défense déposée pour le compte de Sa Majesté la Reine, dans les termes suivants.

[TRADUCTION] 15. Le paragraphe 7 des Ordonnances administratives des Forces canadiennes (O AFC) 19-20 prévoit ce qui suit:

a «Les règlements militaires ne permettent pas de garder des militaires homosexuels ou des militaires souffrant d’une déviation sexuelle dans les FC.»

b et le paragraphe 8 prévoit en outre que dans ce cas le membre doit être libéré conformément au motif 5d) du tableau de l’article 15.01 des Ordonnances et règlements royaux (ORFC), pris conformément à la Loi sur la défense nationale.

c 16. Le motif 5d) du Tableau de l’article 15.01 des ORFC est une catégorie qui relève des «Motifs de libération» sous la rubrique «Ne peut être employé avantageusement». Les «Instructions spéciales» énoncées au motif 5d) du Tableau de l’article 15.01 des ORFC disent notamment ce qui suit:

d «S’applique à la libération d’un officier ou d’un membre sans brevet d’officier: à cause d’un manque inhérent d’habileté ou d’aptitude afin de répondre aux normes militaires de l’emploi ou du métier; ou qui est incapable de s’adapter à la vie militaire; ou qui, soit entièrement soit principalement à cause des conditions de la vie militaire ou d’autres facteurs hors de son pouvoir, manifeste des faiblesses personnelles ou a des problèmes de famille ou personnels, qui compromettent gravement son utilité ou imposent un fardeau excessif à l’administration des Forces canadiennes.»

e 17. Le 11 février 1987 les O AFC 19-20 ont été modifiées de façon à prévoir que le membre des Forces armées qui refuse sa libération en vertu du motif 5d) du Tableau de l’article 15.01 des ORFC peut demeurer dans les Forces armées canadiennes, sous réserve de restrictions attachées à sa carrière, tandis que la politique est à l’étude. En tant qu’officier dont la carrière était assujettie à des restrictions, la demanderesse n’aurait pu être promue, ni convertir ses états de service, ni être mutée en dehors de la région ou passer aux forces de la réserve. Elle aurait été en outre inadmissible à suivre d’autres cours de formation ou d’aptitude professionnelle sauf ceux lui permettant de remplir ses fonctions frappées de restrictions.

f Tandis que l’on considérait la libération éventuelle de la demanderesse en raison de ses activités homosexuelles, une enquête distincte était tenue à l’égard de son habilitation de sécurité. On avait pris cette mesure parce que l’on croyait que la demanderesse avait obtenu et examiné un rapport classifié et divulgué des renseignements sur son contenu, contrairement aux règles de sécurité. Le 4 avril 1989, un conseil de révision de l’habilitation de sécurité de la demanderesse recommandait de lui refuser son habilitation, à quelque niveau que ce soit, en raison de son inobservation avérée des règles de sécurité et de sa loyauté évidente envers le milieu homosexuel.

was approved on April 17 and on April 20 the plaintiff was advised that her security clearance had been revoked. On May 25 a career review board was convened to consider the effect of this decision on the plaintiff's career and it recommended that she be released from the Canadian Forces since she was not employable because of the loss of her security clearance, a recommendation approved on June 16, 1989. No action was taken directly in relation to this recommendation since the plaintiff was then in the process of being released pursuant to the Canadian Forces' interim policy.

On June 8, 1989 the plaintiff, in writing, indicated her acceptance of release from the Canadian Forces but noted

... the inability of the CF to clearly define an equitable policy on homosexuality, and the decision to invoke an interim policy that is archaic, discriminatory and blatantly unjust reveals the true ignorance of the CF on this issue. As there is no alternative, I reluctantly accept a 5d release.

The plaintiff was released from the Armed Forces on August 20, 1989. About a month prior to her release she was promoted to the rank of Lieutenant with a retroactive pay increase effective May 1988, when she ought to have been promoted.

This review of the facts I draw from the pleadings. In the statement of claim filed in the action the plaintiff claimed general damages, punitive or exemplary damages and declaratory relief. Three declarations were sought, first, that the plaintiff's rights as provided in the Charter and in particular, paragraphs 2(b) and (d) and subsection 15(1) and section 7 have been denied by the defendant; secondly, that the defendant's policies and practices with respect to homosexuality and homosexuals in the Canadian Armed Forces are contrary to the Charter; and thirdly, that the defendant is to adopt and carry out policies and practices which do not discriminate against homosexuals in the Canadian Armed Forces.

By the statement of defence filed March 21, 1990, on behalf of the defendant Her Majesty the Queen, the Deputy Attorney General of Canada admits that the Canadian Forces are subject to the requirements

Cette recommandation a été approuvée le 17 avril, et le 20 avril la demanderesse a été avisée que son habilitation de sécurité lui avait été retirée. Le 25 mai, un conseil de révision des carrières a été convoqué pour étudier les conséquences de cette décision sur la carrière de la demanderesse, et il a recommandé qu'elle soit libérée des Forces canadiennes puisqu'elle ne pouvait plus travailler vu la perte de son habilitation de sécurité; cette recommandation a été approuvée le 16 juin 1989. Il n'a pas été donné suite directement à cette recommandation, la demanderesse étant alors sur le point d'être libérée conformément à la politique provisoire des Forces canadiennes.

Le 8 juin 1989, la demanderesse a accepté par écrit sa libération des Forces armées, mais elle a souligné

[TRADUCTION] ... l'incapacité des FC à établir une politique équitable en matière d'homosexualité, et la décision d'invoquer une politique provisoire archaïque, discriminatoire et manifestement injuste révèle la véritable ignorance des FC sur cette question. Comme il n'existe aucune autre possibilité, j'accepte à contrecœur ma libération en vertu du motif 5d.

La demanderesse a été libérée des Forces armées le 20 août 1989. Environ un mois avant d'être libérée, elle a été promue au rang de lieutenant avec une augmentation de salaire rétroactive au mois de mai 1988, date où elle aurait dû être promue.

Je tire des actes de procédure le résumé de ces faits. Dans la déclaration déposée dans l'action, la demanderesse réclamait des dommages-intérêts généraux, punitifs ou exemplaires et un jugement déclaratoire. Trois déclarations étaient recherchées, portant respectivement tout d'abord que les droits de la demanderesse prévus par la Charte, et plus précisément les alinéas 2b) et 2d), le paragraphe 15(1) et l'article 7, n'avaient pas été respectés par la défenderesse; ensuite, que les politiques et pratiques de cette dernière en matière d'homosexualité et d'homosexuels dans les Forces armées canadiennes étaient contraires à la Charte; et enfin, que la défenderesse devait adopter et appliquer des politiques et des pratiques qui n'étaient pas discriminatoires à l'égard des homosexuels dans les Forces armées canadiennes.

Dans la défense déposée le 21 mars 1990 pour le compte de la défenderesse Sa Majesté la Reine, le sous-procureur général du Canada reconnaît que les Forces canadiennes doivent respecter les exigences

of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He denies that the Forces' interim policy and actions infringe the plaintiff's rights and freedoms pursuant to those sections of the Charter identified by the plaintiff, and submits that in the alternative, if the Forces' policy and actions have infringed the plaintiff's rights and freedoms pursuant to the Charter, then "they constitute a reasonable limit which is demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the Charter".

In April 1992, trial of the action was scheduled, on the joint application of counsel, to commence October 26, 1992, and it was expected to last some 15 days. In September 1992, counsel for the plaintiff filed a notice of constitutional question, indicating that the plaintiff intended to question the constitutional validity of an administrative order of the Canadian Forces, and also of section 39 of the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5] under which it was said the defendant had withheld disclosure of material relevant to this action on the basis of Cabinet privilege. That notice was addressed to the Attorney General of Ontario, the Attorney General of Canada and to counsel for the defendant, Her Majesty the Queen.

One week before trial was scheduled to commence, counsel for the parties advised the Court that they expected this action would be settled on agreed terms, which it was proposed would not become part of the record except for a judgment which might include declaratory relief. Arrangements were made for counsel to meet with me on October 27. The previous afternoon a proposed draft judgment was submitted to me with a covering letter indicating that the terms of the draft judgment were agreed upon.

The Court convened on October 27, in open court, with counsel for the parties and members of the public in attendance. Counsel advised me formally that issues between the parties had been settled on terms that it was agreed would not be part of the public record of the Court, except for a judgment, the terms of which were agreed on between the parties and which was submitted to the Court. The draft judgment as presented made no reference to consent of the parties or to their agreement to settle matters

de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il nie que la politique provisoire et les actes des Forces armées portent atteinte aux droits et libertés de la demanderesse que lui confèrent les articles de la Charte qu'elle a mentionnés, et il avance subsidiairement que si le contraire était vrai, [TRADUCTION] «ils constituent alors une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la Charte».

En avril 1992, sur demande commune des avocats, l'action a été inscrite au rôle pour audition le 26 octobre 1992, et on s'attendait à ce que le procès dure une quinzaine de jours. En septembre 1992, l'avocat de la demanderesse a déposé un avis de question constitutionnelle indiquant l'intention de sa cliente de contester la validité constitutionnelle d'une ordonnance administrative des Forces canadiennes et aussi de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-5], en vertu duquel on a dit que la défenderesse avait invoqué le privilège du Cabinet pour ne pas communiquer des documents pertinents à cette action. Cet avis était adressé au procureur général de l'Ontario, au procureur général du Canada et à l'avocat de la défenderesse, Sa Majesté la Reine.

Une semaine avant la date prévue pour le début du procès, les avocats des parties ont avisé la Cour qu'ils s'attendaient à ce que l'affaire se règle par un arrangement à l'amiable, qui ne ferait pas partie du dossier sauf pour un jugement qui pourrait contenir une déclaration. On a pris des mesures pour que les avocats me rencontrent le 27 octobre. La veille de ce jour, dans l'après-midi, on m'a soumis un projet de jugement accompagné d'une lettre de couverture laissant entendre que les parties avaient consenti au projet en question.

La Cour s'est réunie, le 27 octobre, en séance publique, les avocats des parties et le public étant présents. Les avocats m'ont avisé de façon formelle que les questions litigieuses entre les parties avaient été réglées selon des modalités dont il avait été convenu qu'elles ne feraient pas partie du dossier public de la Cour, sauf pour un jugement dont le libellé, sur lequel s'étaient entendu les parties, avait été soumis à la Cour. Le projet de jugement, tel qu'il a été présenté, ne faisait pas mention du consentement des

between them. I raised with counsel whether it would be appropriate to insert in the judgment reference to consent of the parties, a reference I would ordinarily include where the parties requested a judgment on agreed terms. After consultation between themselves, I was advised by each of counsel that it was appropriate the judgment be signed in the form in which it had been presented, which reflected the terms of a part of the settlement between them. I considered the matter briefly and then signed the judgment as presented, without making reference to consent of the parties.

The judgment as signed provides as follows:

This Court doth order and adjudge that the said plaintiff shall be granted by the Court:

(a) A declaration that the plaintiff's rights, as provided for in the Canadian Charter of Rights and Freedoms ("the Charter") and in particular s. 15(1) thereof, have been denied by the defendant; and

(b) A declaration that the defendant's policy and any interim policies that have evolved regarding the service of homosexuals in the Canadian Armed Forces are contrary to the Charter.

By its terms the judgment grants to the plaintiff two declarations. The first is that her rights under the Charter, in particular subsection 15(1) have been denied by the defendant. The second goes beyond the rights claimed by the plaintiff and declares the defendant's policies regarding service of homosexuals in the Canadian Armed Forces to be contrary to the Charter. I note that both declarations are within the scope of somewhat wider declaratory orders sought as relief by the plaintiff's statement of claim.

It should be understood that this judgment binds the parties only, and then only in relation to the issues as they were raised in this action and settled by the terms of the judgment as agreed upon. Legally the declarations included have no effect for any other claims by other parties. This is, of course, the result of any judgment rendered, whether or not that be at the request of both parties or expressed to be on their

parties ni du fait qu'elles s'étaient entendues pour régler l'affaire entre elles. J'ai demandé aux avocats s'il ne serait pas approprié de mentionner dans le jugement le consentement des parties, mention que j'inclurais normalement lorsque les parties demandent un jugement dont elles ont convenu du libellé. Après s'être consultés, les avocats m'ont avisé qu'il était approprié que le jugement soit signé en la forme dans laquelle il avait été soumis, qui reflétait les modalités d'une partie de l'entente intervenue entre leurs clients. Après avoir étudié brièvement la question, j'ai signé le jugement comme il m'était présenté, sans faire mention du consentement des parties.

Le jugement, tel qu'il a été signé, prévoit ce qui suit:

La Cour susdite statue que la dite demanderesse obtiendra de la Cour:

a) Une déclaration portant que la défenderesse a enfreint les droits conférés à la demanderesse par la Charte canadienne des droits et libertés («la Charte») et plus particulièrement par le paragraphe 15(1); et

b) Une déclaration portant que la politique de la défenderesse et toutes politiques provisoires qui puissent s'être développées à l'égard du service des homosexuels dans les Forces armées canadiennes sont contraires à la Charte.

Par son dispositif, le jugement accorde à la demanderesse deux déclarations. La première dit que la défenderesse a enfreint les droits que la Charte reconnaît à la demanderesse, en particulier au paragraphe 15(1). La seconde déclaration va au-delà des droits que revendique la demanderesse, et déclare contraires à la Charte les politiques de la défenderesse visant le service des homosexuels dans les Forces armées canadiennes. Je note que ces deux déclarations restent dans les limites d'ordonnances déclaratoires d'une portée un peu plus grande sollicitées comme réparation par la demanderesse dans sa déclaration.

Il y a lieu de souligner que ce jugement ne lie que les parties, et qui plus est, seulement en ce qui concerne les questions telles qu'elles ont été soulevées dans cette action et réglées par les modalités du jugement dont ont convenu les parties. En droit, les déclarations insérées n'ont aucune incidence sur toutes autres revendications que pourraient avoir d'autres parties. Tel est, évidemment, l'effet de tout autre

consent, though this may not always be understood by the interested observer.

jugement, rendu ou non à la demande des deux parties ou déclaré être prononcé sur consentement, bien que cela puisse ne pas toujours être compris par l'observateur intéressé.

a

The manner in which the claims here raised were resolved leaves open for debate an issue of policy. In the ordinary course of settlement of issues that are the subject of litigation between private parties, the court called upon to play a role in that settlement by pronouncing a judgment on consent of the parties does not look beyond the terms of judgment agreed upon, provided the relief granted is within the scope of that prayed for in pleadings and might have been granted after trial of the action. If that is the case, the court does not have any duty to question a consent by the parties to the judgment, even where the Crown is one of the parties represented by its legal advisors (*Galway v. Minister of National Revenue*, [1974] 1 F.C. 600 (C.A.), reconsidering [1974] 1 F.C. 593 (C.A.)). Rule 340 of this Court's Rules [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] provides that where there is an attorney or solicitor on the record for the defendant, no judgment shall be given by consent unless the consent of the defendant is given by that attorney or solicitor. That Rule was met on this occasion with the joint submission of counsel for both parties that judgment be granted in the terms agreed upon between them. The only other limitation on possible judgments on consent, apparent from some of the jurisprudence of this Court, concerns consent judgments against the Crown for the payment of money, including judgments in relation to the amount of compensation to be paid under the *Expropriation Act* [R.S.C., 1985, c. E-21], where cases suggest that at the very least the Court should be satisfied that the facts and the law warrant the conclusion represented by the judgment (See, e.g. *Elliott v. The Queen and four other actions* (1979), 17 L.C.R. 97 (F.C.T.D.); *The Queen v. Stevenson Construction Co Ltd et al*, [1979] CTC 86 (F.C.A.); *Brougham Sand & Gravel Ltd. v. The Queen*, [1977] 1 F.C. 655 (T.D.)).

La façon dont les prétentions soulevées en l'espèce se sont réglées permet de poursuivre le débat sur une question de politique. Dans le cours ordinaire du règlement des questions en litige entre des particuliers, le tribunal appelé à jouer un rôle dans ce règlement en prononçant un jugement sur consentement des parties ne va pas au-delà des modalités convenues du jugement, pourvu que la réparation accordée reste dans les limites de celle que recherchaient les actes de procédure et qu'elle aurait pu être accordée s'il y avait eu procès. Si tel est le cas, le tribunal n'est pas tenu de mettre en question le consentement des parties au jugement, même lorsque la Couronne est l'une des parties et représentée par ses conseillers juridiques (*Galway c. Le ministre du Revenu national*, [1974] 1 C.F. 600 (C.A.), qui étudie de nouveau [1974] 1 C.F. 593 (C.A.)). La Règle 340 des Règles de cette Cour [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] prévoit que dans toute action dont le défendeur a un avocat ou procureur inscrit au dossier, aucun jugement ne doit être rendu sur consentement à moins que le consentement du défendeur ne soit donné par l'avocat ou le procureur inscrit au dossier. Cette Règle a été observée en l'espèce, étant donné que les avocats des deux parties ont demandé que le jugement soit accordé selon les modalités dont ils avaient convenu entre eux. La seule autre limite imposée aux jugements possibles sur consentement, qui ressort de la jurisprudence de cette Cour, vise les jugements sur consentement rendus contre la Couronne à l'égard du versement de deniers, y compris les jugements portant sur le montant de l'indemnité payable en vertu de la *Loi sur l'expropriation* [L.R.C. (1985), ch. E-21]; selon la jurisprudence en question, il semblerait qu'à tout le moins la Cour doit être convaincue que les faits et le droit justifient la conclusion concrétisée par le jugement (Voir par exemple *Elliott c. La Reine et quatre autres actions* (1979), 17 L.C.R. 97 (C.F. 1^{re} inst.); *La Reine c. Stevenson Construction Co Ltd et autres*, [1979] CTC 86 (C.A.F.); *Brougham Sand & Gravel Ltd. c. La Reine*, [1977] 1 C.F. 655 (1^{re} inst.)).

j

In an action for a declaration and other relief against federal government officers, where counsel jointly submitted a proposed consent judgment for a declaration that a long standing renewable contract concluded by a Minister of the Crown, and an order in council approving that agreement, were invalid as beyond the statutory authority of the Minister and the Governor in Council, I ordered that detailed written submissions of counsel for the Crown that supported the conclusion set out in the judgment be signed and filed as admissions. In that case the application for judgment was pursuant to Rule 341, providing for such an application in respect of any matter upon any admission in the pleadings or other documents filed in the Court. Because of the terms of that Rule and because the contract in question was between the Minister and a third party, who had notice but was not represented at the hearing, it seemed to me important that the Court's record be complete by filed admissions on behalf of the respondents that supported the conclusions of the judgment granted on consent (*Canadian Parks and Wilderness Society v. Superintendent of Wood Buffalo National Park*, T-272-92, MacKay J., judgment dated 23/6/92, F.C.T.D., not yet reported).

That case involved an issue of public law. So also does this case, but here the issue concerns the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The process in this case and the judgment now rendered resolve difficult issues on which opinion among members of the public appears deeply divided, essentially on the basis of a decision made by the executive branch of government in relation to a claim by one citizen. There is no decision of Parliament to be assessed. There is no considered decision by this Court after adjudication of facts and argument in relation to the Charter. Whether the process here followed is appropriate in resolving Charter issues, even though the resolution and the judgment rendered are technically binding only for the benefit of the plaintiff, is an issue open for debate that may yet require appropriate refinement.

Dans une action visant à obtenir un jugement déclaratoire et d'autres réparations de la part de fonctionnaires fédéraux, dans laquelle les avocats avaient soumis conjointement le projet d'un jugement sur consentement déclarant qu'un contrat renouvelable établi de longue date et conclu par un ministre de la Couronne, ainsi que le décret qui approuvait cette entente, étaient invalides parce qu'ils excédaient les pouvoirs légaux du ministre et du gouverneur en conseil, j'ai ordonné que les observations écrites détaillées de l'avocat de la Couronne qui appuyaient la conclusion exposée dans le jugement soient signées et déposées en qualité d'aveux. Dans cette affaire, la demande de jugement se fondait sur la Règle 341, qui prévoit une telle demande à l'égard de toute question après une admission faite dans les plaidoiries ou d'autres documents déposés à la Cour. Étant donné les termes utilisés dans cette Règle, et parce que le contrat en cause avait été conclu par le ministre et un tiers, qui avait été avisé mais n'était pas représenté à l'audience, il me semblait important que le dossier de la Cour soit complet en y versant les aveux faits pour le compte des intimés qui appuyaient les conclusions du jugement accordé sur consentement (*Société pour la protection des parcs et de sites naturels du Canada c. Directeur du parc national Wood Buffalo*, T-272-92, juge MacKay, jugement en date du 23-6-92, C.F. 1^{re} inst., encore inédit).

Cette affaire mettait en cause une question de droit public. Il en est de même en l'espèce, mais ici la question porte sur la *Charte canadienne des droits et libertés*. La façon de procéder dans cette affaire et le jugement actuellement rendu apportent une solution aux questions délicates sur lesquelles l'opinion publique semble profondément partagée, essentiellement sur le fondement de la décision de la branche exécutive du gouvernement à l'égard des prétentions d'une citoyenne. Il n'existe aucune décision du Parlement à apprécier. Il n'y a aucune décision de cette Cour après mise en délibéré, conclusions de faits et débat sur la Charte. La question de savoir si le processus suivi en l'espèce convient au règlement des questions relatives à la Charte, bien que la solution apportée et le jugement rendu ne soient exécutoires en principe qu'au profit de la demanderesse, reste une question discutable qui peut nécessiter d'être d'avantage explicitée.

In *Muldoon v. Canada*, [1988] 3 F.C. 628 (T.D.), the applicants sought a declaration that the prohibition against voting by judges included in the *Canada Elections Act* [R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 14] was of no force and effect in light of section 3 of the Charter. The Deputy Attorney General on behalf of Her Majesty admitted all facts alleged and conceded that the prohibition was not defensible under section 1 of the Charter and that the plaintiffs were entitled to the declaration sought. Mr. Justice Walsh granted declaratory relief sought after raising and discussing issues that, in his view, were relevant. He concluded (at page 636):

... the granting of declaratory relief is discretionary. It should not, however, lightly be refused when there is agreement between the parties that it should be granted unless the Court finds that to do so would not be justified by the facts or would constitute a miscarriage of justice. I cannot so find on the facts before me in the present case. It could well have been decided either way had there been a full contestation.

Of course, the Charter issue in that case differs from those raised in this one. In *Muldoon* the issue was whether an express statutory prohibition from voting by judges appointed by the Governor in Council was valid in light of section 3 of the Charter which provides that "Every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly . . ." Here the policies and actions taken under them which give rise to the plaintiff's claims for relief are not directly dealt with by express words of the Charter, in particular subsection 15(1) which provides:

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.

There are recent decisions in this Court and others which deal with treatment of persons with an admitted homosexual orientation differently from others, under federal laws, in light of subsection 15(1) of the Charter. In *Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service)*, [1990] 1 F.C. 321 (T.D.), Mr.

Dans l'affaire *Muldoon c. Canada*, [1988] 3 C.F. 628 (1^{re} inst.), les requérants sollicitaient un jugement déclaratoire portant que l'interdiction de voter faite aux juges dans la *Loi électorale du Canada* [S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), ch. 14] était inopérante en raison de l'article 3 de la Charte. Le sous-procureur général du Canada, pour le compte de Sa Majesté, a reconnu tous les faits allégués, il a concédé que l'interdiction n'était pas défendable en vertu de l'article premier de la Charte et que les demandeurs avaient droit au jugement déclaratoire recherché. Le juge Walsh le leur a accordé après avoir soulevé et discuté des points qui, à son avis, étaient pertinents. Il a conclu (à la page 636):

... l'octroi d'un jugement déclaratoire est discrétionnaire. On ne devrait cependant pas refuser de l'accorder sans motifs sérieux lorsque les parties s'entendent pour qu'il soit ainsi accordé, à moins que le tribunal ne conclue que cela n'est pas justifié par les faits ou constitue un déni de justice. Je ne peux arriver à une telle conclusion à la lumière des faits qui m'ont été présentés en l'espèce. La décision aurait fort bien pu favoriser l'une ou l'autre partie s'il y avait eu une véritable contestation.

Naturellement, la question relative à la Charte débattue dans cette affaire diffère de celles qui sont soulevées en l'espèce. Dans l'affaire *Muldoon*, il s'agissait de savoir si l'interdiction légale expresse de voter faite aux juges nommés par le gouverneur en conseil était valide, étant donné l'article 3 de la Charte qui prévoit que «Tout citoyen canadien a le droit de vote . . . aux élections législatives fédérales ou provinciales.» En l'espèce, les politiques et les mesures auxquelles elles ont donné lieu, causes de la demande de réparation de la demanderesse, ne sont pas directement visées par les mots précis de la Charte, plus particulièrement le paragraphe 15(1) qui prévoit ce qui suit:

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.

De récentes décisions de cette Cour et d'autres tribunaux sur le traitement de ceux qui admettent leurs tendances homosexuelles diffèrent de celles rendues à l'égard d'autres traitements en vertu des lois fédérales, étant donné le paragraphe 15(1) de la Charte. Dans l'arrêt *Veysey c. Canada (Commissaire du Ser-*

Justice Dubé held that refusal to accord visiting privileges to the homosexual partner of a prisoner under a Private Family Visiting Program established by a Commissioner's Directive for the Penitentiary Service was an infringement of equality rights as a result of discrimination on a ground analogous to those prohibited under subsection 15(1) of the Charter. That refusal infringed the applicant's rights under subsection 15(1) in a manner not established as permissible within section 1 of the Charter. On appeal the relief granted, *certiorari* and *mandamus*, was upheld and the appeal dismissed, on other grounds. In its reasons the Court of Appeal noted that counsel for the appellant had formally advised that the Attorney General of Canada took the position that sexual orientation is a ground covered by section 15 of the Charter, an admission not made before the Trial Judge (*Veysey v. Canada (Correctional Service)* (1990), 43 Admin. L.R. 316 (F.C.A.), at page 322).

In *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1991] 1 F.C. 18 (C.A.) (leave granted to appeal, January 25, 1991 [*sub nom. Canadian Human Rights Commission v. Department of Secretary of State*, [1991] S.C.R. vi], the Court of Appeal set aside a decision of a tribunal appointed under the *Canadian Human Rights Act* [S.C. 1976-77, c. 33] which had found that failure to accord bereavement leave to a person in a continuing homosexual relationship on the same basis as provided to a person in a heterosexual spousal relationship constituted discrimination proscribed in relation to "family status" under that Act. The Court declined to consider that limiting "family status" as excluding homosexual relationships, constituted discrimination prohibited under the Act, which did not expressly prohibit discrimination on grounds of sexual orientation. Assuming (without deciding this issue) that discrimination on the basis of sexual orientation was prohibited under subsection 15(1) of the Charter, the Court found this would not permit reading into the *Canadian Human Rights Act* such a proscription which that Act did not include.

vice correctionnel), [1990] 1 C.F. 321 (1^{re} inst.), le juge Dubé a conclu que le refus d'accorder à l'amant d'un prisonnier le droit de lui rendre visite en vertu du Programme des visites familiales privées établi par une directive du commissaire à l'intention du Service pénitentiaire, constituait une atteinte aux droits à l'égalité en raison d'un traitement discriminatoire fondé sur un motif analogue aux motifs prohibés au paragraphe 15(1) de la Charte. Ce refus portait atteinte aux droits conférés au requérant au paragraphe 15(1) d'une façon qui ne se justifiait pas en vertu de l'article premier de la Charte. En appel, la réparation accordée, soit des brefs de *certiorari* et de *mandamus*, a été confirmée et l'appel rejeté, pour d'autres motifs. Dans ses motifs, la Cour d'appel a souligné que l'avocat de l'appelant avait révélé officiellement que le procureur général du Canada estimait que l'orientation sexuelle était un motif visé par l'article 15 de la Charte, un aveu qui n'avait pas été fait en première instance. (*Veysey c. Canada (Service correctionnel)* (1990), 43 Admin. L.R. 316 (C.A.F.), à la page 322.)

Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1991] 1 C.F. 18 (C.A.) (autorisation d'interjeter appel accordée le 25 janvier 1991 [*sub nom. Commission canadienne des droits de la personne c. Secrétariat d'État*, [1991] 1 R.C.S. vi], la Cour d'appel a annulé la décision d'un tribunal constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [S.C. 1976-77, ch. 33], qui avait conclu que le refus d'accorder un congé de deuil à une personne qui entretenait depuis longtemps une relation homosexuelle de la même façon qu'il était accordé à une personne qui entretenait une relation conjugale hétérosexuelle constituait un motif de distinction illicite prévu à l'égard de la «situation de famille» dans la Loi. La Cour a refusé de considérer que l'interprétation de l'expression «situation de famille» qui ne s'étendait pas aux relations homosexuelles constituait une distinction illicite prohibée par la Loi, laquelle n'interdisait pas expressément la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Tenant pour acquis (sans statuer sur la question) que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle était prohibée en vertu du paragraphe 15(1) de la Charte, la Cour a conclu que cela ne permettait pas de voir dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* une telle interdiction, que la Loi ne prévoyait pas.

In *Egan v. Canada*, [1992] 1 F.C. 687 (T.D.), Mr. Justice Martin dismissed an application for a declaration that the *Old Age Security Act* [R.S.C., 1985, c. O-9], was unconstitutional. Its limitation of a spouse's allowance to a person of the opposite sex living with another if the two have publicly represented themselves as husband and wife, which was found to exclude persons living in a continuing homosexual relationship as well as other persons living together, was found not to be discriminatory on the basis of sex or sexual orientation within subsection 15(1). Martin J. found that Act did not infringe the plaintiffs' subsection 15(1) rights for it was not discriminatory within the meaning of subsection 15(1).

In *Neilsen v. Canada (Human Rights Commission)*, [1992] 2 F.C. 561 (T.D.), Mr. Justice Muldoon declined to issue orders in the nature of *certiorari* and *mandamus* in relation to action by the Human Rights Commission to suspend investigation or hearing of a complaint of discrimination in employment on the grounds of sex, sexual orientation, marital status and family status. The Commission had held action on the complaint pending determination by the Supreme Court of Canada in *Mossop, supra*, whether the Commission's jurisdiction should be interpreted to proscribe discrimination on grounds of sexual orientation. The *Canadian Human Rights Act* did not, and does not now, expressly prohibit discrimination in employment on grounds of sexual orientation. The relief sought required the reading into, or interpretation of the Act as including such a prohibition, a step Muldoon J. declined.

Of particular significance in relation to the judgment here rendered is the decision of the Ontario Court of Appeal in *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.), decided August 6, 1992. That case concerned the application of the same interim policy of the Canadian Armed Forces as in issue in the action of Ms. Douglas. There the Motions Judge had allowed an application and granted a declaration that the "absence of sexual orientation from the list of proscribed grounds of discrimination in s. 3(1) of the

Dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1992] 1 C.F. 687 (1^{re} inst.), le juge Martin a rejeté une demande visant à obtenir un jugement déclarant inconstitutionnelle la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* [L.R.C. (1985), ch. O-9]. Il a statué qu'il n'y avait pas discrimination fondée sur le sexe ou sur l'orientation sexuelle au sens du paragraphe 15(1) parce que l'allocation de conjoint ne pouvait être versée qu'à une personne vivant avec un pensionné du sexe opposé, les deux se présentant publiquement comme mari et femme, situation dont le juge a conclu qu'elle excluait les personnes qui entretiennent depuis longtemps une relation homosexuelle de même que d'autres personnes vivant ensemble. Le juge Martin a statué que la Loi ne portait pas atteinte aux droits conférés aux demandeurs au paragraphe 15(1) car elle ne faisait pas de discrimination au sens de ce paragraphe.

Dans l'arrêt *Neilsen c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 C.F. 561 (1^{re} inst.), le juge Muldoon a refusé de décerner des brefs de *certiorari* et de *mandamus* relativement à la décision de la Commission des droits de la personne de suspendre l'étude ou l'audition d'une plainte fondée sur la discrimination dans l'emploi en raison du sexe, de l'orientation sexuelle, de la situation de famille et de l'état matrimonial. La Commission avait suspendu la plainte en attendant que la Cour suprême du Canada décide dans l'affaire *Mossop* (précitée) si la compétence de la Commission devrait s'interpréter de façon à interdire la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'interdisait pas ni n'interdit expressément aujourd'hui la discrimination dans l'emploi fondée sur l'orientation sexuelle. La réparation recherchée exigeait que la Loi soit interprétée comme contenant une telle interdiction, solution à laquelle s'est refusé le juge Muldoon.

La décision que la Cour d'appel de l'Ontario a rendue le 6 août 1992 dans l'affaire *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.) a une importance particulière pour le jugement en l'espèce. Cette affaire visait l'application de la même politique provisoire des Forces armées canadiennes que celle qui est contestée dans l'action de M^{me} Douglas. Dans cette affaire, le juge des requêtes avait accueilli une demande et accordé un jugement déclaratoire portant que «l'absence de l'orientation sexuelle de la liste des

Canadian Human Rights Act is discriminatory as being contrary to the guarantee of equal benefit of the law set out in s. 15 of the *Charter*" (*Haig v. Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 245 (Gen. Div.), at page 248, *per* McDonald J.). On appeal, counsel for the Crown conceded that sexual orientation is an analogous ground to those expressly set out in subsection 15(1) of the *Charter*. The Court of Appeal held that the omission of sexual orientation as a proscribed ground of discrimination under subsection 3(1) of the *Canadian Human Rights Act*, and the resulting failure to provide an avenue for redress, with the possible inference from the omission that discriminatory treatment based on sexual orientation is acceptable, created an effect of discrimination contrary to subsection 15(1) of the *Charter*. The Crown disavowed reliance on section 1 of the *Charter* to support the *Canadian Human Rights Act* as enacted. In light of *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, the Court of Appeal found that the appropriate remedy was reading in, which it directed by a declaration that the Act be interpreted and applied as though it included sexual orientation as a proscribed ground of discrimination. In effect the Ontario Court of Appeal reached a result that the Federal Court of Appeal declined to reach in *Mossop, supra*, and Muldoon J. declined to reach in *Neilsen, supra*. While I have noted that the same policy of the Canadian Armed Forces in question in *Haig* is the basis of the action by Ms. Douglas, the issues in *Haig* concerned the *Canadian Human Rights Act* which was not raised by the pleadings in this case.

In my view the evolving jurisprudence relating to subsection 15(1) of the *Charter* as it applies to rights claimed by persons of a homosexual or lesbian orientation is by no means settled. In the circumstances of this case, had the trial been held, the Court might have concluded on the basis of the evidence and argument that the relief included in the judgment, rendered on the joint request of the parties, was warranted. Thus, on the basis of facts admitted in the pleadings, evidence adduced at trial, and argument, the Court might well have been persuaded to exercise

motifs de distinction illicite au paragraphe 3(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est discriminatoire car elle est contraire à la garantie du même bénéfice de la loi prévue à l'article 15 de la *Charte*» (*Haig v. Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 245 (Div. Gén.), à la page 248, motifs du juge McDonald). En appel, l'avocat de la Couronne a concédé que l'orientation sexuelle était un motif analogue à ceux qui sont formellement exposés au paragraphe 15(1) de la *Charte*. La Cour d'appel a conclu que l'omission de l'orientation sexuelle comme motif de discrimination illicite au paragraphe 3(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, et l'absence consécutive de moyens de recours jointe à l'inférence possible de cette omission que le traitement discriminatoire fondé sur l'orientation sexuelle est acceptable, créaient une discrimination incompatible avec le paragraphe 15(1) de la *Charte*. La Couronne a refusé de s'appuyer sur l'article premier de la *Charte* pour soutenir la validité de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* telle qu'édifiée. Étant donné l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, la Cour d'appel a conclu que la réparation appropriée résidait dans l'interprétation, solution qu'elle a imposée en déclarant que la Loi devait être interprétée et appliquée comme si elle comprenait l'orientation sexuelle au nombre des motifs de distinction illicite. De fait, la Cour d'appel de l'Ontario est parvenue à une conclusion à laquelle la Cour d'appel fédérale s'est refusée dans l'arrêt *Mossop*, précité, tout comme l'a fait le juge Muldoon dans l'arrêt *Neilsen*, précité. Bien que j'aie souligné que la politique des Forces armées canadiennes contestée dans l'affaire *Haig* est à la source de l'action de M^{me} Douglas, les questions litigieuses dans l'affaire *Haig* avaient trait à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, que l'on n'a pas invoquée dans les actes de procédure en l'espèce.

À mon sens, la jurisprudence qui évolue au sujet du paragraphe 15(1) de la *Charte* dans la mesure où il s'applique aux droits revendiqués par les homosexuels et les lesbiennes, n'est nullement fixée. Dans les circonstances de l'espèce, si le procès avait eu lieu, la Cour aurait pu conclure en se fondant sur la preuve et les plaidoiries, que la réparation comprise dans le jugement, prononcé à la demande commune des parties, était justifiée. Ainsi, en raison des faits reconnus dans les actes de procédure, de la preuve produite au procès, et des plaidoiries, la Cour aurait

its discretion to grant the first of the declarations included in the judgment granted, concerning the plaintiff's rights in light of subsection 15(1) of the Charter. While the exercise of discretion to grant the second of the declarations might have required more persuasive argument, for that declaration deals with general policies of the defendant within the Canadian Armed Forces and not merely with the plaintiff's rights as affected by the application of those policies, since the general application of those policies in light of the Charter was clearly in issue, the second of the declarations would have been within the Court's discretion to grant after trial, had it been held.

In these circumstances, on the basic facts here admitted, if the plaintiff were successful after trial of the issues, the declarations as granted by the judgment herein are, in my view, supportable in the current state of evolving jurisprudence.

The question of the appropriate role of the executive branch of government, represented by the Attorney General of Canada, in the resolution of Charter issues raised in litigation, with particular regard to consenting to judgment, is left for consideration in a case where evolving jurisprudence is even less definitive of the rights in issue, and the judgment sought is more questionable than, in my view, is the case in this action.

fort bien pu être persuadée d'accorder, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la première des déclarations comprises dans le jugement rendu, ayant trait aux droits de la demanderesse compte tenu du paragraphe 15(1) de la Charte. Bien que des arguments plus persuasifs auraient pu être nécessaires pour inciter la Cour à exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à accorder la seconde déclaration sollicitée, celle-ci ayant trait aux politiques générales de la défenderesse applicables aux Forces armées canadiennes et non simplement aux droits de la demanderesse dans la mesure où ils sont touchés par ces politiques, puisque l'application générale de ces politiques compte tenu de la Charte était clairement contestée, s'il y avait eu procès, la Cour aurait pu accorder la seconde des déclarations dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Dans ces circonstances, d'après les faits essentiels reconnus en l'espèce, si la demanderesse avait gain de cause une fois jugées les questions litigieuses, les déclarations accordées dans le jugement en l'espèce sont, à mon sens, défendables dans l'évolution actuelle de la jurisprudence.

La question du rôle approprié de la branche exécutive du gouvernement, représentée par le procureur général du Canada, dans le règlement des questions litigieuses relatives à la Charte, particulièrement en ce qui concerne le consentement à jugement, reste à être étudiée dans une affaire où la jurisprudence en évolution est encore moins décisive à l'égard des droits contestés, et le jugement recherché est plus discutabile, à mon avis, que ce n'est le cas dans cette action.