

A-602-98
2001 FCA 243

A-602-98
2001 CAF 243

Lieutenant (N) Andrew S. Liebmann (*Appellant*)

Le lieutenant (N) Andrew S. Liebmann (*appelant*)

v.

c.

Minister of National Defence, Chief of Defence Staff and Her Majesty the Queen (*Respondents*)

Le ministre de la Défense nationale, le chef d'état-major de la Défense et Sa Majesté la Reine (*intimés*)

and

et

League for Human Rights of B'nai Brith Canada and Canadian Jewish Congress (*Intervenors*)

La Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada et le Congrès juif canadien (*intervenants*)

INDEXED AS: LIEBMANN v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: LIEBMANN c. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (C.A.)

Court of Appeal, Rothstein, Sexton and Evans JJ.A.
—Vancouver, June 27; Ottawa, July 31, 2001.

Cour d'appel, juges Rothstein, Sexton et Evans, J.C.A.
—Vancouver, 27 juin; Ottawa, 31 juillet 2001.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Appeal from dismissal by F.C.T.D. of action for declaration process for considering nomination to position with Canadian Forces in Middle East infringing Charter, s. 15 equality rights — Appellant denied posting as Jewish — S. 15 dealing with equality rights with respect to “law” — Charter applies to administrative decisions made pursuant to statutory authority — Officers considering nomination acting pursuant to delegated statutory authority of Chief of Defence Staff to control, administer Canadian Forces — Decision not to appoint appellant subject to scrutiny under s. 15 — Decision drew distinction between appellant, other members of Canadian Forces, subjected appellant to differential treatment on basis of personal characteristic (religion) — Differential treatment amounted to discrimination, both subjectively and objectively — Decision to deny posting made in factual, evidentiary vacuum — Neither political climates of Bahrain, Saudi Arabia nor approaches by other members of coalition deploying forces to region considered — Decision based upon presumed characteristics of Jews, Arabs — Way of thinking perpetuating view appellant less worthy member of Canadian Forces, society as whole — Appellant’s Charter, s. 15 rights breached.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Appel de la décision de la Section de première instance de la Cour fédérale de rejeter une action visant l'obtention d'un jugement déclaratoire selon lequel le processus d'examen d'une affectation au Moyen-Orient pour les Forces canadiennes portait atteinte à l'art. 15 de la Charte sur le droit à l'égalité — L'appelant s'est vu refuser l'affectation parce qu'il est juif — L'art. 15 porte sur le droit à l'égalité à l'égard de la «loi» — La Charte s'applique aux décisions administratives qui sont prises en vertu d'un pouvoir prévu par la loi — Les officiers chargés d'examiner la candidature de l'appelant agissaient conformément au pouvoir légal que possède le chef d'état-major de la Défense de diriger et de gérer les Forces canadiennes — La décision de ne pas nommer l'appelant est assujettie à un examen en vertu de l'art. 15 — La décision en cause a établi une distinction entre l'appelant et les autres membres des Forces canadiennes, et a assujetti l'appelant à un traitement différent en raison d'une caractéristique personnelle (sa religion) — Cette différence de traitement constitue de la discrimination, d'un point de vue subjectif et objectif — La décision de refuser l'affectation a été prise en l'absence de faits et d'éléments de preuve — On n'a aucunement examiné le climat politique dans l'État de Bahreïn ou en Arabie saoudite ou les approches adoptées par les autres membres de la coalition qui déployaient des forces dans la région — La décision se fonde sur de présumées caractéristiques propres aux juifs et aux arabes — Cette conception perpétue l'idée selon laquelle l'appelant était un membre moins digne des Forces canadiennes et de la société canadienne dans son ensemble — Il y a violation des droits que confère l'art. 15 de la Charte à l'appelant.

Armed Forces — Naval Reservist nominated for Gulf War posting but not selected when superiors realized he was of Jewish religion — Decision that “it was better not to send a Jew to the Middle East” — Reservist unsuccessful before F.C.T.D. in action for declarations Charter equality rights infringed by process ending in rejection, CFAO 20-53 (peacekeeping policy) unconstitutional — F.C.A. declining to deal with latter issue as moot, impugned order subsequently replaced and, in any event, inapplicable as posting to war theatre — Court unwilling to interfere with policies of military where evidentiary record incomplete — Impugned decision made under delegated statutory authority of CDS under National Defence Act — Rejection decision accordingly subject to Charter scrutiny — Rejection demeaning Reservist’s dignity, perpetuating view was less worthy member of Canadian Forces, society as whole — Rejection decision taken in factual vacuum, no consideration being given to political climates of Bahrain, Saudi Arabia or approaches taken by other coalition members — Trial Judge finding testimony of witnesses called by military not worthy of belief — F.C.A. disapproving conduct of military authorities herein — Should have squarely faced discrimination allegation, directed pleadings, evidence, argument to that issue.

Judges and Courts — Federal Court of Appeal — Naval Reservist denied posting to war theatre as of Jewish religion — Appeal from F.C.T.D. decision Canadian Forces Administrative Order (CFAO) 20-53 on peacekeeping not contravening Charter s. 15 — Application of S.C.C. decision in Borowski on approach to doctrine of mootness — Whether issues have become academic — Court having discretion to address moot issue if circumstances warrant — Constitutionality of CFAO 20-53 moot issue as no longer in effect — Adversarial context existing as issue zealously argued by parties at trial — But discretion not exercised in view of Court’s awareness of proper role in law-making process — Court not prepared to interfere with policies of military on incomplete evidentiary record.

Forces armées — Un membre de la Réserve navale avait été désigné à une affectation pour la guerre du Golfe, mais il n’a pas été choisi quand ses supérieurs se sont rendus compte qu’il était de religion juive — Ceux-ci ont décidé qu’«il était préférable de ne pas envoyer un juif au Moyen-Orient» — La Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté l’action intentée par le réserviste en vue d’obtenir un jugement déclaratoire portant que le processus se terminant par un rejet portait atteinte au droit à l’égalité que lui garantissait la Charte, et un jugement déclaratoire selon lequel l’O AFC 20-53 (politique en matière de maintien de la paix) était inconstitutionnelle — La C.A.F. a refusé d’examiner cette dernière question en raison de son caractère théorique, l’ordonnance contestée ayant par la suite été remplacée et, de toute façon, elle ne s’appliquait pas en raison de l’affectation de l’appelant sur le site de la guerre — La Cour n’est pas disposée à modifier les politiques militaires lorsque le dossier est incomplet sur le plan de la preuve — La décision contestée a été prise en vertu du pouvoir délégué que possède le CEMD aux termes de la Loi sur la défense nationale — Elle est donc assujettie à un examen en vertu de la Charte — Elle portait atteinte à la dignité du réserviste et perpétuait l’idée selon laquelle celui-ci était un membre moins digne des Forces canadiennes et de la société canadienne dans son ensemble — La décision de refuser l’affectation a été prise en l’absence de faits, sans examen du climat politique dans l’État de Bahreïn et en Arabie saoudite ou des approches adoptées par les autres membres de la coalition — Le juge de première instance a conclu que le témoignage des témoins assignés par les Forces canadiennes n’était pas digne de foi — La C.A.F. condamne la conduite des autorités militaires en l’espèce — Elle aurait dû faire carrément face à l’allégation de discrimination et examiner les plaidoiries, la preuve et les arguments par rapport à cette question.

Juges et tribunaux — Cour d’appel fédérale — Un membre de la Réserve navale se voit refuser une affectation au site d’une guerre parce qu’il est de religion juive — Appel d’une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale selon laquelle l’Ordonnance administrative des Forces canadiennes (O AFC) 20-53 en matière de maintien de la paix ne contrevient pas à l’art. 15 de la Charte — Application de l’approche énoncée par la C.S.C. dans l’arrêt Borowski en ce qui touche la doctrine relative au caractère théorique — Les questions sont-elles devenues théoriques? — La Cour a le pouvoir discrétionnaire d’examiner une question théorique si les circonstances le justifient — La constitutionnalité de l’O AFC 20-53 est une question théorique parce que la politique ne s’applique plus — Il y a un débat contradictoire parce que les parties ont défendu avec ferveur leur position au procès — Mais, prenant en considération sa fonction véritable dans l’élaboration du droit, la Cour n’exerce pas son pouvoir discrétionnaire — La Cour n’est pas disposée à modifier les politiques militaires en se fondant sur un dossier incomplet sur le plan de la preuve.

This was an appeal from the Trial Judge's dismissal of an action for a declaration that the process by which the appellant's nomination to a position in the Middle East during the 1990-1991 Persian Gulf crisis was considered, had infringed his right to equality under Charter, section 15; and a declaration that Canadian Forces Administrative Order 20-53, "Policy for the Employment of Canadian Forces Personnel on Peacekeeping Duty", which foresees the possibility that certain personnel may be restricted from participating in peacekeeping operations due to the "cultural, religious or other sensitivities of the parties or host country" was unconstitutional.

The appellant was nominated for the position of Executive Assistant (EA) to the Commander of the Canadian Forces Task Force in the Middle East during the Persian Gulf crisis, but did not get the position because he is Jewish. At the time the Canadian Forces had no formal policy regarding the consideration of personal characteristics such as religion in the selection of personnel for employment in non-peacekeeping operations. The decision that the appellant would not be selected for the posting followed discussions by several staff officers and their superiors on the question as to whether the appellant's religion might have a detrimental impact upon his ability to carry out the duties of the EA position and upon his personal safety. The appellant claimed that the refusal to appoint him to the position constituted discrimination contrary to Charter of Rights, section 15. The Trial Judge found that the appellant had legitimate grievances with respect to the manner in which the defendants conducted themselves in the selection process, but did not directly address the appellant's allegation that this conduct had infringed his right to equality. He found that CFAO 20-53 was not contrary to the equality provisions of the Charter and that, in any event, it had no application herein since the operation was not a peacekeeping mission.

The issues were: (1) whether the Court should inquire into the constitutionality of CFAO 20-53; (2) whether the appellant's rights to equality under Charter, section 15 were limited by the process by which his nomination for the EA position was considered; and (3) if the appellant's equality rights were limited, whether those limits were such "reasonable limits described by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society".

Held, that part of the appeal dealing with the process by which the respondents considered the appellant's nomination for the EA position should be allowed.

Il s'agit d'un appel de la décision du juge de première instance de rejeter une action visant l'obtention d'un jugement déclaratoire selon lequel le processus par lequel l'affectation de l'appelant au Moyen-Orient pendant la guerre du Golfe de 1990-1991 avait été examinée portait atteinte au droit à l'égalité qui lui était reconnu par l'article 15 de la Charte, et d'un jugement déclaratoire selon lequel est inconstitutionnelle l'Ordonnance administrative des Forces canadiennes 20-53, intitulée: «Politique sur l'affectation du personnel des Forces canadiennes à des fonctions de maintien de la paix», qui prévoit la possibilité que certains membres du personnel ne puissent pas participer à des opérations de maintien de la paix à cause de «sensibilités culturelles, religieuses ou autres des parties en cause dans le conflit ou de la population où ce conflit a lieu».

L'appelant a été désigné à l'affectation d'adjoint administratif (AA) du commandant de la force opérationnelle des Forces canadiennes au Moyen-Orient pendant la guerre du Golfe, mais il n'a pas obtenu le poste parce qu'il était juif. À ce moment-là, les Forces canadiennes n'avaient pas de politique officielle au sujet de l'examen de caractéristiques personnelles telles que la religion dans la sélection du personnel aux fins de l'affectation à des opérations qui ne relevaient pas du maintien de la paix. La décision que l'appelant ne serait pas choisi en vue d'occuper le poste en question découle de discussions de plusieurs officiers d'état-major et de leurs supérieurs sur la question de savoir si la religion de l'appelant était susceptible de nuire à sa capacité de s'acquitter des fonctions du poste d'AA ainsi qu'à sa sécurité personnelle. L'appelant prétend que le refus de le nommer à ce poste constituait de la discrimination en violation de l'article 15 de la Charte. Le juge de première instance était d'avis que l'appelant avait des griefs légitimes à l'égard de la façon dont les défendeurs s'étaient comportés lors du processus de sélection, mais il n'a pas examiné directement l'allégation de l'appelant selon laquelle cette conduite portait atteinte à son droit à l'égalité. Il a conclu que l'OAF 20-53 n'allait pas à l'encontre des dispositions de la Charte relatives à l'égalité et que, de toute façon, cette ordonnance administrative ne s'appliquait pas en l'espèce puisque l'opération en cause n'était pas une mission de maintien de la paix.

Les questions litigieuses sont les suivantes: 1) La Cour devrait-elle enquêter sur la constitutionnalité de l'OAF 20-53? 2) Le droit à l'égalité reconnu à l'appelant en vertu de l'article 15 de la Charte est-il limité par le processus par lequel sa mise en candidature au poste d'AA a été examinée? 3) S'il a été porté atteinte au droit à l'égalité reconnu à l'appelant, ce droit a-t-il été restreint «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»?

Arrêt: la partie de l'appel qui se rapporte au processus par lequel les intimés ont examiné la candidature de l'appelant au poste d'AA est accueillie.

(1) CFAO 20-53 was not applied to preclude the appellant from participating in Operation Friction. That Order was not issued until March 1991, a month after the decision was made not to appoint him to the position with the contingent of the Canadian Forces in the Middle East (CFME). Moreover, the policy set out therein applied only to the selection of personnel for peacekeeping operations. The Middle East operation was not a peacekeeping operation. In fact, Canada was engaged in active hostilities with Iraq. Thus the Order would not have applied to the selection of the appellant even if it had been in force in January and February 1991. Similarly, screening policies contained in directives that preceded CFAO 20-53 all dealt expressly with peacekeeping operations, and did not apply to the appellant's nomination.

The constitutionality of CFAO 20-53 was a moot issue. The policy is no longer in effect. The policy that superseded it, CANFORGEN 113/99 (which did not come into force until more than one year after the Trial Division judgment herein was released) contains different wording than CFAO 20-53 and would have to be evaluated on its own merits. The Court followed the approach to the doctrine of mootness enunciated by the Supreme Court in *Borowski* and declined to exercise its discretion to address the moot issue in view of an awareness of its proper role in the law-making process. At trial, the parties had submitted arguments regarding their positions with respect to the constitutionality of CFAO 20-53 and the Court had before it a complete record related to that policy. But any finding with respect to CFAO 20-53 could impact only that policy. Furthermore, there was no evidence showing how the successor policy has been or is being applied. Even if a *prima facie* breach of section 15 were established, the respondents did not have the opportunity to lead evidence relevant to the justification of any limitation of Charter rights with respect to CANFORGEN 113/99 because it did not exist at the time of the trial. The Court declined to interfere with the respondent's policies on the basis of an unavoidably incomplete evidentiary record.

(2) The Charter applies to administrative decisions made pursuant to statutory authority. There was no selection policy herein to apply to the appellant's nomination and circumstances, but the impugned decision was made under delegated statutory authority. Under the *National Defence Act*, the CDS is charged with the control and administration of all of the Canadian Forces. The *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* provide a basis for the CDS's delegation of his authority to various officers. Thus, all of the officers involved in the process of considering the appellant's nomination were acting pursuant to the CDS's statutory authority to control and administer the Canadian

1) On n'a pas appliqué l'OAF 20-53 de façon à empêcher l'appelant de participer à l'Opération Friction. L'ordonnance n'a été délivrée qu'au mois de mars 1991, un mois après qu'on eut décidé de ne pas désigner l'appelant aux fins du service dans le contingent des Forces canadiennes au Moyen-Orient (FCMO). En outre, la politique énoncée dans l'OAF 20-53 s'appliquait uniquement à la sélection du personnel pour les opérations de maintien de la paix. L'opération au Moyen-Orient n'était pas une opération de maintien de la paix. De fait, le Canada prenait activement part aux hostilités contre l'Iraq. Par conséquent, l'ordonnance ne se serait pas appliquée à la sélection de l'appelant même si elle avait été en vigueur aux mois de janvier et de février 1991. De même, les politiques de présélection énoncées dans les directives qui ont précédé l'OAF 20-53 traitaient toutes expressément des opérations de maintien de la paix et ne s'appliquaient pas à la mise en candidature de l'appelant.

La constitutionnalité de l'OAF 20-53 est une question théorique. La politique ne s'applique plus. La politique qui l'a remplacée, CANFORGEN 113/99 (qui n'est entrée en vigueur qu'au moins un an après le prononcé du jugement de première instance) est libellée en des termes différents et devrait être appréciée selon les faits qui lui sont propres. La Cour suit l'approche énoncée par la Cour suprême dans l'arrêt *Borowski* en ce qui touche la doctrine relative au caractère théorique, et, prenant en considération sa fonction véritable dans l'élaboration du droit, elle refuse d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour examiner la question théorique. Au procès, les parties ont défendu leur position en ce qui concerne la constitutionnalité de l'OAF 20-53 et la Cour disposait d'un dossier complet au sujet de cette politique. Mais, toute conclusion relative à l'OAF 20-53 pourrait influencer uniquement sur cette politique. En outre, il n'y a aucun élément de preuve établissant les modalités d'application passées et présentes de la politique remplaçante. Même si la violation de l'article 15 était établie *prima facie*, les intimés n'ont pas eu la possibilité de présenter à l'égard du CANFORGEN 113/99 une preuve sur la question de la justification des restrictions apportées aux droits garantis par la Charte, puisque cette politique n'existait pas au moment du procès. La Cour a refusé de modifier les politiques de l'intimé en se fondant sur un dossier inévitablement incomplet sur le plan de la preuve.

2) La Charte s'applique aux décisions administratives qui sont prises en vertu d'un pouvoir prévu par la loi. En l'espèce, il n'y avait pas de politique de sélection à appliquer à la mise en candidature de l'appelant et aux circonstances, mais la décision contestée a été prise en vertu d'un pouvoir délégué prévu par la loi. En vertu de la *Loi sur la défense nationale*, le CEMD assure la direction et la gestion des Forces canadiennes. Les *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* servent de fondement à la délégation du pouvoir du CEMD en faveur de divers officiers. Par conséquent, tous les officiers en cause dans le processus d'examen de la candidature de

Forces. As such, the decision to not appoint him to the EA position was subject to scrutiny under Charter, section 15.

All three elements of a subsection 15(1) analysis were met: the decision-makers who considered the appellant's nomination drew a distinction between him and other members of the Canadian Forces, and subjected him to differential treatment on the basis of a personal characteristic—his religion, and the differential treatment of the appellant's nomination amounted to discrimination in the constitutional sense. Based on the appellant's testimony, the decision had a profound impact upon his human dignity, the very thing that subsection 15(1) was meant to protect. The respondents conceded that the appellant's dignity was demeaned in the subjective sense, and they were unable to show how the objective portion of the analysis of whether the appellant's dignity had been demeaned had not been made out. Any reasonable observer in similar circumstances would conclude that the manner in which the appellant was treated did demean his dignity.

The decision seems to have been reached in a factual and evidentiary vacuum. There was no real consideration of the political climates of Bahrain or Saudi Arabia or the manner in which a Jewish Canadian officer might be perceived by military officials or citizens of those countries. No efforts were made to ascertain the views of any of the states of the Persian Gulf region. No attempt was made to determine the approaches being taken by other members of the coalition who were deploying forces to the region. In fact, the United States had more Jewish personnel in the region than the total of all Canadian forces. By confining whatever analysis they made to a simplistic "Jewish officer in an Arab state" model, the decision-making officers applied stereotypical thinking and based their decision upon presumed characteristics of both Jews and Arabs. This way of thinking perpetuated the view that the appellant was a less worthy member of the Canadian Forces and therefore of Canadian society as a whole. The CDS, through his delegates, limited the appellant's rights to equal treatment under the law and equal benefit of the law in a discriminatory manner, contrary to Charter, section 15.

(3) The burden was on the respondents to show, on the preponderance of probabilities, that the limitation was reasonable and demonstrably justified. Since their written submissions advanced no argument attempting to show that the impugned decision was reasonable or demonstrably justified, they had not discharged that burden.

L'appelant agissaient conformément au pouvoir légal que possède le CEMD de diriger et de gérer les Forces canadiennes. Partant, la décision de ne pas nommer l'appelant au poste d'AA est assujettie à un examen en vertu de l'article 15 de la Charte.

On a satisfait aux trois éléments de l'analyse relative au paragraphe 15(1): les décideurs qui examinaient la candidature de l'appelant ont fait une distinction entre celui-ci et les autres membres des Forces canadiennes, et l'ont assujetti à un traitement différent en raison d'une caractéristique personnelle—sa religion, ce qui constituait de la discrimination au sens constitutionnel du terme. Sur la base du témoignage de l'appelant, la décision avait des répercussions profondes sur la dignité humaine de l'appelant, soit la chose même que le paragraphe 15(1) vise à protéger. Les intimés concèdent qu'il a été porté atteinte à la dignité de l'appelant au sens subjectif du terme et n'ont pas pu expliquer pourquoi l'élément objectif de l'analyse de la question de savoir si on a porté atteinte à la dignité de l'appelant n'avait pas été prouvé. Tout observateur raisonnable se trouvant dans une situation similaire conclurait que la façon dont l'appelant a été traité portait atteinte à sa dignité.

On semble être parvenu à cette décision en l'absence de faits et d'éléments de preuve. Il n'y a eu aucun examen réel du climat politique, dans l'État de Bahreïn ou en Arabie saoudite, ou de la façon dont un officier juif canadien pourrait être perçu par les autorités militaires ou par les citoyens de ces pays. Aucun effort n'a été fait en vue de connaître le point de vue des États de la région du Golfe persique. Aucune tentative n'a été faite pour déterminer les approches adoptées par les autres membres de la coalition qui déployaient des forces dans la région. De fait, les États-Unis avaient un plus grand nombre de membres juifs dans la région que toutes les forces canadiennes dans leur ensemble. En limitant leur analyse à un modèle simpliste, soit celui de «l'officier juif dans un État arabe», les officiers qui ont pris la décision ont appliqué des idées stéréotypées et ont fondé leur décision sur de présumées caractéristiques propres aux juifs et aux arabes. Cette conception perpétuait l'idée selon laquelle l'appelant était un membre moins digne des Forces canadiennes et, par conséquent, de la société canadienne dans son ensemble. Le CEMD, par l'intermédiaire de ses représentants, a restreint les droits à l'égalité de traitement en vertu de la loi et au même bénéfice de la loi garantis à l'appelant, et ce, d'une façon discriminatoire, en violation de l'article 15 de la Charte.

3) Il incombe aux intimés de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que les limites étaient raisonnables et que leur justification pouvait se démontrer. Les intimés ne se sont pas acquittés de l'obligation qui leur incombait, puisque, dans leurs observations écrites, ils n'ont pas avancé d'arguments en vue de tenter de démontrer que la décision contestée était raisonnable ou que sa justification pouvait se démontrer.

The Trial Judge did not believe the testimony of respondents' witnesses to the effect that the appellant did not get the EA position because there was no position to fill. Respondents' conduct, as described by the Trial Division Judge, was disapproved of by the Court of Appeal. The respondents should have faced the complaint of discrimination under section 15 squarely, made an honest assessment of whether the action taken was discriminatory and if so, whether it could be justified. The pleadings, evidence and argument should have been addressed to these issues.

Le juge de première instance n'a pas cru la déposition des témoins des intimés selon laquelle l'appelant n'a pas obtenu le poste d'AA parce qu'il n'y en avait aucun à combler. La Cour d'appel condamne la conduite des intimés décrite par le juge de première instance. Les intimés auraient dû faire carrément face à la plainte de discrimination fondée sur l'article 15 et déterminer d'une façon honnête si la mesure qui a été prise était discriminatoire et, dans l'affirmative, déterminer si sa justification pouvait se démontrer. Les plaidoiries, la preuve et les arguments auraient dû ensuite être examinés par rapport à ces questions.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

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, 15(1).
Canadian Forces Administrative Orders, 20-53.
Charter of the United Nations, June 26, 1945, [1945] Can. T.S. No. 7.
National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 18(1), (2).
Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1994 Revision).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Borowski v. Canada (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 40 C.R.R. 100; 93 N.R. 183; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; (1997), 151 D.L.R. (4th) 577; [1998] 1 W.W.R. 50; 38 B.C.L.R. (3d) 1; 96 B.C.A.C. 81; 218 N.R. 161; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1.

REFERRED TO:

The Queen v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335.

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, 15(1).
Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, [1945] R.T. Can. n° 7.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 18(1),(2).
Ordonnances administratives des Forces canadiennes, 20-53.
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (Révision de 1994).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Borowski c. Canada (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 40 C.R.R. 100; 93 N.R. 183; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; (1997), 151 D.L.R. (4th) 577; [1998] 1 W.W.R. 50; 38 B.C.L.R. (3d) 1; 96 B.C.A.C. 81; 218 N.R. 161; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1.

DÉCISION CITÉE:

La Reine c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335.

APPEAL from the Trial Division judgment (*Liebmann v. Canada (Minister of National Defence)*, [1999] 1 F.C. 20; (1998), 151 F.T.R. 303 (T.D.)) dismissing an action for a declaration that the manner in which the appellant's nomination for a posting during the Persian Gulf crisis was dealt with infringed his constitutional right to equality under Charter, section 15 and for a declaration that Canadian Forces Administrative Order 20-53 was unconstitutional. The appeal was allowed on the Charter, section 15 issue; the constitutionality of CFAO 20-53 was a moot issue which the Court declined to address.

APPEARANCES:

Samuel D. Hyman and Robert J. Kincaid for appellant.

Linda J. Wall for respondent.

David Matas for intervener League for Human Rights of B'nai Brith Canada.

David J. Stuart for intervener Canadian Jewish Congress.

SOLICITORS OF RECORD:

Law Corporation, Vancouver, for appellant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

David Matas, Winnipeg, for intervener League for Human Rights of B'nai Brith Canada.

Kahn Zack Ehrlich Lithwick, Richmond, British Columbia, for intervener Canadian Jewish Congress.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] SEXTON J.A.: Lieutenant Andrew S. Liebmann was such a proven and accomplished member of the Canadian Forces' Naval Reserve that he was nominated for the important post of Executive Assistant to the Commander of the Canadian Forces Task Force in the Middle East during the Persian Gulf crisis. None-

APPEL d'un jugement de la Section de première instance (*Liebmann c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1999] 1 C.F. 20; (1998), 151 F.T.R. 303 (1^{re} inst.)), rejetant une action visant l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que la manière dont l'affectation de l'appelant pendant la guerre du Golfe avait été examinée portait atteinte au droit constitutionnel à l'égalité qui lui était reconnu par l'article 15 de la Charte, et d'un jugement déclaratoire selon lequel l'Ordonnance administrative des Forces canadiennes 20-53 était inconstitutionnelle. L'appel est accueilli en ce qui touche la question relative à l'article 15 de la Charte; la constitutionnalité de l'O AFC 20-53 est une question théorique que la Cour refuse d'examiner.

ONT COMPARU:

Samuel D. Hyman et Robert J. Kincaid pour l'appelant.

Linda J. Wall pour l'intimé.

David Matas pour l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada.

David J. Stuart pour l'intervenant le Congrès juif canadien.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Law Corporation, Vancouver, pour l'appelant.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

David Matas, Winnipeg, pour l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada.

Kahn Zack Ehrlich Lithwick, Richmond, Colombie-Britannique, pour l'intervenant le Congrès juif canadien.

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

[1] LE JUGE SEXTON, J.C.A.: Le lieutenant Andrew S. Liebmann était un membre si expérimenté et accompli de la Réserve navale des Forces canadiennes qu'il a été désigné à l'affectation importante d'adjoint administratif du commandant de la force opérationnelle des Forces canadiennes au Moyen-Orient pendant

theless, he was not appointed to the position. The only objection taken to his nomination was his religion. He was Jewish. This appeal deals with his claim that the refusal to appoint him to the position to which he was nominated constituted discrimination contrary to subsection 15(1) of the *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]].

Facts

[2] The appellant joined the Naval Reserve in 1983 and served in a variety of roles while completing a university degree and during subsequent employment as a public affairs specialist. By late 1990, he had attained the rank of Lieutenant and had qualified as a ship's officer of the watch and as a clearance diver. He was serving as an officer in HMCS Discovery, the Naval Reserve Division (or unit) in Vancouver. When the events giving rise to this litigation took place, he was employed by the Government of British Columbia as a communications officer, serving his reserve commitment by attending at his unit several evenings a week.

[3] On August 4, 1990, Iraq invaded and occupied Kuwait. During the weeks that followed, Canada commenced Operation Friction—the deployment of a contingent of military forces to the Persian Gulf region in order to enforce a number of resolutions passed by the United Nations Security Council pursuant to Chapter VII of the U.N. Charter.¹ The contingent, known as Canadian Forces Middle East (CFME), was commanded by Commodore Kenneth Summers. His headquarters was in the Emirate of Bahrain. Part of the headquarters' establishment included an Executive Assistant (EA) on the commander's small personal staff.

[4] At the time of CFME's deployment, Canada's commitment of forces was open-ended. As such, plans

la guerre du Golfe. Néanmoins, il n'a pas été nommé au poste en question, et ce, uniquement à cause de sa religion. En effet, il était juif. Le présent appel porte sur l'allégation que l'appelant a faite, à savoir que le refus de le nommer au poste auquel il avait été désigné constituait de la discrimination en violation du paragraphe 15(1) de la *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]].

Les faits

[2] L'appelant s'est enrôlé dans la Réserve navale en 1983; il a exercé différentes fonctions pendant qu'il effectuait ses études universitaires et, par la suite, pendant qu'il travaillait comme spécialiste des relations publiques. À la fin de 1990, il était lieutenant et il s'était qualifié à titre d'officier de quart et de plongeur démineur. Il était officier auprès du NCSM Discovery, Division (ou unité) de la Réserve navale, à Vancouver. Lorsque les événements ayant donné lieu au présent litige se sont produits, l'appelant travaillait pour le gouvernement de la Colombie-Britannique à titre d'agent de communication; il s'acquittait de son engagement dans la réserve en se présentant à son unité plusieurs soirs par semaine.

[3] Le 4 août 1990, l'Iraq a envahi et occupé le Koweït. Au cours des semaines qui ont suivi, le Canada a entamé l'Opération Friction—le déploiement d'un contingent de forces militaires dans la région du Golfe persique visant à la mise en œuvre d'un certain nombre de résolutions adoptées par le Conseil de sécurité des Nations Unies conformément au chapitre VII de la Charte de l'ONU¹. Le contingent, connu sous le nom des Forces canadiennes au Moyen-Orient (les FCMO) était commandé par le commodore Kenneth Summers. Son quartier général était situé dans l'État de Bahreïn. L'effectif du quartier général comprenait notamment un adjoint administratif (AA) faisant partie du personnel particulier du commandant, dont le nombre de membres était peu élevé.

[4] Au moment du déploiement des FCMO, l'engagement des forces du Canada était de durée indéterminée.

were developed to rotate personnel and units after a period of time so as to maintain the force at an optimum level of readiness. On December 24, 1990, the Commander of Maritime Command, who was responsible to the Chief of Defence Staff (CDS) for the generation of personnel to fill certain headquarters positions, caused a message to be sent to all Naval Reserve Divisions. A portion of that message called for nominations of officers qualified to fill the position of EA to the Commander beginning in March 1991.

[5] The appellant, who was highly motivated to participate in the Persian Gulf operation and who met all of the requirements set out in the message, was nominated for the EA position by his Commanding Officer. A message to that effect was sent on January 11, 1991.

[6] The Maritime Command staff officers charged with recommending an officer for the EA position seem to have initially looked favourably upon the appellant's nomination. On January 21, 1991, they sent a message to the Directorate of Military Manning at National Defence Headquarters, recommending that the appellant be "hired" under a reserve force contract. The message indicated that he was being considered for the EA position. The Commanding Officer Naval Divisions (the commander of all naval reserve units) concurred in the recommendation. Upon receipt of a copy of this message, the appellant, with the assistance of the regular force Administration Officer at HMCS Discovery, began to make more specific preparations to deploy to Bahrain, following a set of "joining instructions" which had been faxed to him.

[7] At some point during the same time period, the Maritime Command staff became aware that the appellant was Jewish.

[8] At that time, the Canadian Forces had no formal policy regarding the consideration of personal characteristics such as religion in the selection of personnel

née. Cela étant, des plans ont été élaborés afin d'effectuer une rotation du personnel et des unités au bout d'un certain temps, de façon à maintenir la force à un niveau optimal de préparation. Le 24 décembre 1990, le commandant du Commandement maritime, qui était responsable devant le chef d'état-major de la Défense (le CEMD) d'assurer le personnel nécessaire afin de pourvoir à certains postes au quartier général, a fait en sorte qu'un message soit envoyé à toutes les divisions de la Réserve navale. Ce message se rapportait en partie à la désignation d'officiers qualifiés pour pourvoir au poste d'AA auprès du commandant à compter du mois de mars 1991.

[5] L'appelant, qui voulait absolument participer à l'opération dans le Golfe persique et qui satisfaisait à toutes les exigences énoncées dans le message, a été désigné pour le poste d'AA par son commandant. Un message en ce sens a été envoyé le 11 janvier 1991.

[6] Les officiers d'état-major au Commandement maritime qui étaient chargés de recommander un officier pour le poste d'AA semblent avoir initialement bien accueilli la candidature de l'appelant. Le 21 janvier 1991, ils ont envoyé un message à la Direction de l'effectif militaire au quartier général de la Défense nationale et ont recommandé que l'appelant soit «embauché» en vertu d'un contrat de la Force de réserve. Le message indiquait que la candidature de l'appelant au poste d'AA était à l'étude. Les divisions navales du commandant (le commandant de toutes les unités de la Réserve navale) souscrivait à la recommandation. Sur réception d'une copie de ce message, l'appelant, avec l'aide de l'officier d'administration de la Force régulière, NCSM Discovery, a commencé à faire des préparatifs plus précis en vue du déploiement à Bahreïn, à la suite d'une série d'«instructions de ralliement» qui lui avaient été télécopiées.

[7] À un moment donné au cours de la même période, le personnel du Commandement maritime a appris que l'appelant était juif.

[8] À ce moment-là, les Forces canadiennes n'avaient pas de politique officielle au sujet de l'examen de caractéristiques personnelles telles que la

for employment in non-peacekeeping operations. Several staff officers and their superiors at both Maritime Command and National Defence Headquarters allegedly discussed the possibility that under the circumstances, the appellant's religion might have a detrimental impact upon his ability to effectively carry out the duties of the EA position and upon his personal safety. The result of these discussions was a decision that the appellant would not be selected for the position. In the end, the incumbent EA was not replaced.

[9] The appellant was informed in late January or early February of 1991 that he had not been selected for the EA position. He was upset and disappointed. He contacted one of the staff officers who had participated in the decision-making process and was told that the superior officers had "decided that it was better not to send a Jew to the Middle East."

[10] The appellant pursued several avenues of redress, finally bringing an action in the Trial Division of this Court [[1999] 1 F.C. 20 (T.D.)]. In his prayer for relief he sought a declaration that the process by which his nomination was considered had infringed his constitutional right to equality under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as well as a number of statutory rights. He also sought declarations and injunctions relating to *Canadian Forces Administrative Order (CFAO) 20-53, "Policy for the Employment of Canadian Forces Personnel on Peacekeeping Duty"*, which foresees the possibility that certain personnel may be restricted from participating in peacekeeping operations due to the "cultural, religious or other sensitivities of the parties or host country".

Decision Appealed From

[11] Following a trial that covered 11 days of testimony and argument, the Trial Judge found that

religion dans la sélection du personnel aux fins de l'affectation à des opérations qui ne relevaient pas du maintien de la paix. Plusieurs officiers d'état-major et leurs supérieurs tant au Commandement maritime qu'au quartier général de la Défense nationale ont censément discuté de la possibilité qu'eu égard aux circonstances, la religion de l'appelant nuise à sa capacité de s'acquitter d'une façon efficace des fonctions du poste d'AA ainsi qu'à sa sécurité personnelle. Par suite de ces discussions, il a été décidé que l'appelant ne serait pas choisi en vue d'occuper le poste en question. En fin de compte, le titulaire du poste d'AA n'a pas été remplacé.

[9] L'appelant a été informé à la fin du mois de janvier ou au début du mois de février 1991 qu'il n'avait pas été choisi pour le poste d'AA. La chose l'a fâché et l'a déçu. Il a communiqué avec l'un des officiers d'état-major qui avait participé au processus de décision et celui-ci lui a dit que les officiers supérieurs avaient [TRADUCTION] «décidé qu'il était préférable de ne pas envoyer un juif au Moyen-Orient».

[10] L'appelant a exercé plusieurs recours, et il a finalement intenté une action devant la Section de première instance de la présente Cour [[1999] 1 C.F. 20 (1^{re} inst.)]. Dans sa demande de redressement, il sollicitait un jugement déclaratoire portant que le processus par lequel sa mise en candidature avait été examinée portait atteinte au droit constitutionnel à l'égalité qui lui était reconnu par la *Charte canadienne des droits et libertés* ainsi qu'à un certain nombre de droits reconnus par la loi. Il sollicitait également des jugements déclaratoires et des injonctions se rapportant à l'*Ordonnance administrative des Forces canadiennes (O AFC) 20-53, intitulée: «Politique sur l'affectation du personnel des Forces canadiennes à des fonctions de maintien de la paix»*, qui prévoit la possibilité que certains membres du personnel ne puissent pas participer à des opérations de maintien de la paix à cause de «sensibilités culturelles, religieuses ou autres des parties en cause dans le conflit ou de la population où ce conflit a lieu».

Décision faisant l'objet de l'appel

[11] À la suite d'une audience qui a duré 11 jours et au cours de laquelle les témoignages et plaidoiries ont

“[the appellant] more than adequately fulfilled the requirements for the posting,”² and that “the evidence clearly supports the [appellant’s] allegation that he was not selected for the position of Executive Assistant because of his religion.”³ He was “satisfied that Lieutenant Liebmann did have legitimate grievances with respect to the manner in which the defendants conducted themselves in the selection process.”⁴ Despite these findings, he did not directly address the appellant’s allegation that this conduct had infringed his right to equality.

[12] The Trial Judge did give some consideration to the constitutionality of CFAO 20-53, finding that it was not contrary to the equality provisions of the Charter. However, he noted that since Operation Friction was not a peacekeeping mission, there was no basis for the application of either it or any other policy that preceded it to the appellant’s situation. In the result, he dismissed the appellant’s claim.

Issues

[13] The appellant appeals to this Court, essentially repeating the claims made in the Court below. He is supported by two interveners who have focussed their submissions upon the constitutionality of CFAO 20-53 and the policies that preceded and succeeded it.

[14] In my analysis, I will address the following issues:

1. Should this Court inquire into the constitutionality of CFAO 20-53;
2. Were the appellant’s rights to equality under section 15 of the Charter limited by the process by which his nomination for the EA position was considered; and
3. If the appellant’s equality rights were limited, were those limits “reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.”

été recueillis, le juge de première instance a conclu que «[l’appelant avait] fait plus que se conformer aux exigences inhérentes à l’affectation»² et que «la preuve corrobor[ait] [. . .] clairement l’allégation [de l’appelant] qu’il n’a[vait] pas été choisi pour le poste d’adjoint administratif en raison de sa religion»³. Le juge était «d’avis que le lieutenant Liebmann avait des griefs légitimes à l’égard de la façon dont les défendeurs [s’étaient] comportés lors du processus de sélection»⁴. Malgré ces conclusions, le juge n’a pas examiné directement l’allégation de l’appelant selon laquelle cette conduite portait atteinte à son droit à l’égalité.

[12] Le juge de première instance a effectué un examen plus ou moins approfondi de la constitutionnalité de l’OAFIC 20-53, en concluant qu’elle n’allait pas à l’encontre des dispositions de la Charte relatives à l’égalité. Toutefois, il a fait remarquer qu’étant donné que l’Opération Friction n’était pas une mission de maintien de la paix, rien ne justifiait l’application de cette ordonnance administrative ou de quelque autre politique antérieure au cas de l’appelant. Le juge a donc rejeté la demande.

Les points litigieux

[13] L’appelant interjette appel devant la présente Cour, en répétant essentiellement les allégations qu’il a faites devant la cour d’instance inférieure. Deux intervenants l’appuient, ceux-ci ayant axé leurs observations sur la constitutionnalité de l’OAFIC 20-53 et des politiques antérieures et postérieures.

[14] Dans le cadre de mon analyse, j’examinerai les questions suivantes:

1. La présente Cour devrait-elle enquêter sur la constitutionnalité de l’OAFIC 20-53?
2. le droit à l’égalité reconnu à l’appelant en vertu de l’article 15 de la Charte est-il limité par le processus par lequel sa mise en candidature au poste d’AA a été examinée?
3. s’il a été porté atteinte au droit à l’égalité reconnu à l’appelant, ce droit a-t-il été restreint «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»?

Relevant Constitutional Provisions

[15] The *Canadian Charter of Rights and Freedoms*:⁵

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.

Analysis

Issue 1: CFAO 20-53, its Predecessors and Successors

[16] The appellant and the interveners seek a declaration that CFAO 20-53, as it was amended, is unconstitutional. Further, they seek orders enjoining the Chief of Defence Staff and his delegates from considering race, religion or ethnic origin in deciding whether a CF member will be deployed on an operational posting.

[17] It is important to note that CFAO 20-53 was not applied to preclude the appellant from participating in Operation Friction. The Order was not issued until March 1991, over a month after the appellant's nomination for service with CFME was decided upon. Moreover, the policy set out in CFAO 20-53 applied only to the selection of personnel for peacekeeping operations. Operation Friction was not a peacekeeping operation. In fact, at the time the impugned decision was made, Canada was engaged in active hostilities against Iraq.

[18] Thus, the Order would not have applied to the selection of the appellant even if it had been in force in January and February of 1991. Similarly, screening

Les dispositions constitutionnelles pertinentes

[15] La *Charte canadienne des droits et libertés*⁵:

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.

Analyse

Première question: L'O AFC 20-53 et les politiques antérieures et postérieures

[16] L'appelant et les intervenants sollicitent un jugement déclaratoire portant que l'O AFC 20-53, telle qu'elle a été modifiée, est inconstitutionnelle. Ils sollicitent en outre des ordonnances interdisant au chef d'état-major de la Défense et à ses représentants de tenir compte de la race, de la religion ou de l'origine ethnique en déterminant si un membre des FC doit être affecté à une opération.

[17] Il importe de noter que l'on n'a pas appliqué l'O AFC 20-53 de façon à empêcher l'appelant de participer à l'Opération Friction. L'ordonnance n'a été délivrée qu'au mois de mars 1991, plus d'un mois après qu'une décision eut été prise au sujet de la désignation de l'appelant aux fins du service dans les FCMO. En outre, la politique énoncée dans l'O AFC 20-53 s'appliquait uniquement à la sélection du personnel pour les opérations de maintien de la paix. Or, Opération Friction n'était pas une opération de maintien de la paix. De fait, au moment où la décision contestée a été prise, le Canada prenait activement part aux hostilités contre l'Iraq.

[18] Par conséquent, l'ordonnance ne se serait pas appliquée à la sélection de l'appelant même si elle avait été en vigueur aux mois de janvier et de février

policies contained in directives of the Deputy Chief of Defence Staff that were replaced with the promulgation of CFAO 20-53, all dealt expressly with peacekeeping operations and hence did not apply to the appellant's nomination. Indeed, the evidence of the decision-makers in the case at bar clearly demonstrates that they did not purport to apply any formal screening policy at all. The appellant and the respondents both concede this. Nonetheless, the appellants and interveners submit that the Court should hear and determine the constitutional challenge to CFAO 20-53.

[19] All parties agree that the appellant had standing at trial to attack CFAO 20-53, since it could still have been applied so as to preclude his participation in a peacekeeping operation (if there was one) on the ground of his religion. The passage of time, however, has changed this situation. CFAO 20-53 no longer exists. It was expressly superceded on December 9, 1999 by Canadian Forces General Message (CANFORGEN) 113/99, which sets out a general policy regarding the employment of members within the Canadian Forces, not confined to peacekeeping.

[20] The appellant and the interveners argue that CANFORGEN 113/99 carries forward the policy articulated in the former CFAO 20-53. As such, they say, an inquiry into the constitutionality of the CFAO is not moot, since a finding that it was unconstitutional would have an impact on the respondents' authority to apply the current policy.

[21] In *Borowski v. Canada (Attorney General)*,⁶ the Supreme Court set out a two-step approach to the doctrine of mootness. First, it is necessary to determine whether there is a "live controversy"—a "tangible and concrete dispute," such that the issues before the Court have not become academic. If there is no such live controversy, the issues are moot. Nevertheless, at the second stage of the test, the Court may choose to exercise its discretion to address a moot

1991. De même, les politiques de présélection énoncées dans les directives du sous-chef d'état-major de la Défense qui ont été remplacées au moment où l'O AFC 20-53 a été promulguée, traitaient toutes expressément des opérations de maintien de la paix et elles ne s'appliquaient donc pas à la mise en candidature de l'appellant. De fait, la preuve fournie par les décideurs en l'espèce démontre clairement qu'ils n'ont aucunement tenté d'appliquer une politique officielle de présélection. L'appellant et les intimés concèdent la chose. Néanmoins, l'appellant et les intervenants soutiennent que la Cour devrait entendre et régler la contestation constitutionnelle de l'O AFC 20-53.

[19] Toutes les parties conviennent que l'appellant avait qualité pour agir à l'instruction en vue de contester l'O AFC 20-53, puisque celle-ci aurait néanmoins pu s'appliquer de façon à l'empêcher de participer à une opération de maintien de la paix (le cas échéant) en raison de sa religion. Toutefois, la situation a changé avec le temps. L'O AFC 20-53 n'existe plus. Elle a expressément été remplacée le 9 décembre 1999 par le Message général des Forces canadiennes (CANFORGEN) 113/99, qui énonce une politique générale au sujet de l'affectation de membres au sein des Forces canadiennes, cette politique n'étant pas limitée au maintien de la paix.

[20] L'appellant et les intervenants soutiennent que le CANFORGEN 113/99 reprend la politique énoncée dans l'ancienne O AFC 20-53. Cela étant, disent-ils, une enquête sur la constitutionnalité de l'O AFC n'a pas simplement un intérêt théorique, étant donné qu'une conclusion selon laquelle cette ordonnance administrative était inconstitutionnelle aurait un effet sur le pouvoir que possèdent les intimés en vue d'appliquer la politique actuelle.

[21] Dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*⁶, la Cour suprême a énoncé une approche en deux temps en ce qui concerne la doctrine relative au caractère théorique. En premier lieu, il faut déterminer s'il existe un «litige actuel»—un «différend concret et tangible», de sorte que les questions dont la Cour est saisie ne sont pas devenues des questions purement théoriques. En l'absence de pareil litige actuel, les questions n'ont plus qu'un intérêt théorique. Néan-

issue if the circumstances warrant.⁷

[22] In my opinion, the constitutionality of CFAO 20-53 is a moot issue. The policy is no longer in effect. The policy that superceded it, CANFORGEN 113/99 (which did not come into force until more than one year after the trial judgment was released), contains different wording than CFAO 20-53 and would have to be evaluated on its own merits.

[23] Thus, I must move on to the second part of the test set out in *Borowski* and decide whether this Court should exercise its discretion to address the moot issue. In doing so, reference must be made to the various rationales for the existence of the mootness doctrine—the requirement of an adversarial context, such that the issue can be well and fully argued by parties who have a stake in the outcome; the need to ration scarce judicial resources; and the Court’s awareness of its proper role in the law-making process.⁸

[24] In my opinion, the key considerations in this case are the first and third rationales. There is no doubt that the parties at trial argued their positions with respect to the constitutionality of CFAO 20-53 zealously. Thus, this Court has before it a complete record related to that policy. However, it is clear that any finding with respect to CFAO 20-53 could impact only that policy. Given the difference in wording between the two policy statements, it is impossible for this Court to conduct a proper and complete Charter analysis of the CANFORGEN 113/99 policy. The record contains no evidence showing how that policy has been or is being applied. Furthermore, even if a *prima facie* breach of section 15 were established, the respondents have not been provided with the opportunity to lead evidence relevant to the justification of any limitation of Charter rights. At trial, the respondents did lead considerable section 1 evidence with respect to CFAO 20-53. However, because it did not

moins, à la seconde étape de l’analyse, la Cour peut décider d’exercer son pouvoir discrétionnaire pour examiner une question théorique si les circonstances le justifient⁷.

[22] À mon avis, la constitutionnalité de l’O AFC 20-53 est une question théorique. La politique ne s’applique plus. La politique qui l’a remplacée, CANFORGEN 113/99 (qui n’est entrée en vigueur qu’au moins un an après le prononcé du jugement de première instance) est libellée en des termes différents et devrait être appréciée selon les faits qui lui sont propres.

[23] Je dois donc passer à l’examen de la deuxième partie du critère énoncé dans l’arrêt *Borowski* et déterminer si la présente Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire en vue d’examiner la question théorique. Ce faisant, il faut faire mention des diverses raisons d’être justifiant l’existence de la doctrine du caractère théorique—l’exigence voulant qu’il y ait un débat contradictoire, de sorte que les parties ayant un intérêt dans l’issue du litige en débattent complètement tous les aspects; la nécessité de rationner des ressources judiciaires limitées; et la nécessité pour la Cour de prendre en considération sa fonction véritable dans l’élaboration du droit⁸.

[24] À mon avis, les premier et troisième motifs constituent les principales considérations en l’espèce. Il est certain que les parties à l’instruction ont défendu avec ferveur leur position en ce qui concerne la constitutionnalité de l’O AFC 20-53. Par conséquent, la présente Cour dispose d’un dossier complet au sujet de cette politique. Toutefois, il est clair que toute conclusion relative à l’O AFC 20-53 pourrait influencer uniquement sur cette politique. Étant donné la différence entre le libellé des deux énoncés de politique, la Cour ne peut pas effectuer une analyse appropriée complète fondée sur la Charte de la politique énoncée dans le CANFORGEN 113/99. Le dossier ne renferme aucun élément de preuve établissant les modalités d’application passées et présentes de cette politique. En outre, même si la violation de l’article 15 était établie *prima facie*, les intimés n’ont pas eu la possibilité de présenter une preuve au sujet de la question de la justification des restrictions apportées aux droits

exist at that time, they could not have done so with respect to CANFORGEN 113/99. During the hearing, they indicated that if the current policy were to be subjected to constitutional scrutiny, they would wish to have the opportunity to lead additional evidence related to it.

[25] In asking this Court to make declarations and issue injunctions relating to the factors that the respondents can consider in making future employment decisions pursuant to CANFORGEN 113/99, the appellant and the interveners are asking this Court to interfere with the respondent's policies on the basis of an unavoidably incomplete evidentiary record. In my view, we should decline to do so. I do not accept the submission made by counsel on behalf of B'nai Brith that if CANFORGEN 113/99 infringes section 15, it is incapable of being saved by section 1 under any possible circumstances.

Issue 2: The Appellant's Equality Rights

[26] Section 15 of the Charter deals with a person's equality rights with respect to the "law". However, it is now well established that this term should not be given such a narrow meaning as to deprive individuals of protection from discrimination on the part of government actors. In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*,⁹ the Supreme Court of Canada held that the Charter is applicable to administrative decisions made pursuant to statutory authority. Lamer J., as he then was, dissented in the result but wrote for a panel that was unanimous on this point:

As the Constitution is the supreme law of Canada and any law that is inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect, it is impossible to interpret legislation conferring discretion as conferring a power to infringe the *Charter*, unless, of course, that power is expressly conferred or necessarily implied. Such an interpretation would require us to declare the legislation to be of no force or effect, unless it could be justified under s. 1. Although this Court must not add anything to legislation

garantis par la Charte. À l'instruction, les intimés ont soumis une preuve abondante fondée sur l'article premier à l'égard de l'O AFC 20-53. Toutefois, ils n'auraient pas pu le faire à l'égard du CANFORGEN 113/99, puisqu'il n'existait pas à ce moment-là. Au cours de l'audience, ils ont indiqué que, si la politique actuelle devait être assujettie à un examen constitutionnel, ils voudraient avoir la possibilité de fournir une preuve additionnelle à ce sujet.

[25] En demandant à la présente Cour de rendre des jugements déclaratoires et des injonctions au sujet des facteurs dont les intimés peuvent tenir compte dans l'avenir en prenant des décisions en matière d'affectation conformément au CANFORGEN 113/99, l'appellant et les intervenants demandent à la Cour de modifier les politiques de l'intimé en se fondant sur un dossier inévitablement incomplet sur le plan de la preuve. À mon avis, nous devrions refuser de le faire. Je ne retiens pas l'argument de l'avocat de B'nai Brith selon lequel, si le CANFORGEN 113/99 porte atteinte à l'article 15, il ne peut pas être protégé par l'article premier, et ce, quelles que soient les circonstances.

Deuxième question: le droit à l'égalité de l'appelant

[26] L'article 15 de la Charte porte sur le droit à l'égalité d'une personne à l'égard de la «loi». Toutefois, il est maintenant bien établi que ce mot ne devrait pas être interprété d'une façon si stricte qu'il empêche une personne d'être protégée contre les actes discriminatoires d'acteurs de l'État. Dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*⁹, la Cour suprême du Canada a statué que la Charte s'applique aux décisions administratives qui sont prises en vertu d'un pouvoir prévu par la loi. Le juge Lamer (tel était alors son titre) était dissident quant au résultat, mais il a rédigé des motifs au nom de la formation, qui était unanime sur ce point:

La Constitution étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d'interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la *Charte* à moins, bien sûr, que ce pouvoir soit expressément conféré ou encore qu'il soit nécessairement implicite. Une telle interprétation nous obligerait en effet, à défaut de pouvoir justifier cette disposition législative aux termes de l'article premier, à la

or delete anything from it in order to make it consistent with the *Charter*, there is no doubt in my mind that it should also not interpret legislation that is open to more than one interpretation so as to make it inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect. Legislation conferring an imprecise discretion must therefore be interpreted as not allowing the *Charter* rights to be infringed. Accordingly, an adjudicator exercising delegated powers does not have the power to make an order that would result in an infringement of the *Charter*, and he exceeds his jurisdiction if he does so.¹⁰

[27] In the more recent case of *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*,¹¹ the Supreme Court unanimously applied this approach to find that a decision made under a delegated statutory authority was contrary to section 15.

[28] In the case at bar, there was no selection policy to apply to the appellant's nomination and circumstances. However, the impugned decision was made under delegated statutory authority. The *National Defence Act*,¹² charges the CDS with the control and administration of all of the Canadian Forces:

18. (1) The Governor in Council may appoint an officer to be the Chief of the Defence Staff, who shall hold such rank as the Governor in Council may prescribe and who shall, subject to the regulations and under the direction of the Minister, be charged with the control and administration of the Canadian Forces.

(2) Unless the Governor in Council otherwise directs, all orders and instructions to the Canadian Forces that are required to give effect to the decisions and to carry out the directions of the Government of Canada or the Minister shall be issued by or through the Chief of the Defence Staff.

[29] The *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (1994 Revision) provide a basis for the CDS's delegation of his authority to various officers. Thus, in this case, all of the officers involved in the process of considering the appellant's nomination were acting pursuant to the CDS's statutory authority to control and administer the Canadian Forces. As such, the decision to not appoint him to the EA position is subject to scrutiny under section 15 of the *Charter*.

déclarer inopérante. Or, quoique cette Cour ne doit pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d'une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante. Une disposition législative conférant une discrétion imprécise doit donc être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la *Charte*. En conséquence, un arbitre exerçant des pouvoirs délégués n'a pas le pouvoir de rendre une ordonnance entraînant une violation de la *Charte* et il excède sa juridiction s'il le fait¹⁰.

[27] Dans l'arrêt plus récent *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*¹¹, la Cour suprême a appliqué à l'unanimité cette approche en vue de conclure qu'une décision prise en vertu d'un pouvoir délégué prévu par la loi allait à l'encontre de l'article 15.

[28] En l'espèce, il n'y avait pas de politique de sélection à appliquer à la mise en candidature de l'appelant et aux circonstances. Toutefois, la décision contestée a été prise en vertu d'un pouvoir délégué prévu par la loi. En vertu de la *Loi sur la défense nationale*¹², le CEMD assure la direction et la gestion des Forces canadiennes:

18. (1) Le gouverneur en conseil peut élever au poste de chef d'état-major de la défense un officier dont il fixe le grade. Sous l'autorité du ministre et sous réserve des règlements, cet officier assure la direction et la gestion des Forces canadiennes.

(2) Sauf ordre contraire du gouverneur en conseil, tous les ordres et directives adressés aux Forces canadiennes pour donner effet aux décisions et instructions du gouvernement fédéral ou du ministre émanent, directement ou indirectement, du chef d'état-major de la défense.

[29] Les *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (Révision de 1994) servent de fondement à la délégation du pouvoir du CEMD en faveur de divers officiers. Par conséquent, en l'espèce, tous les officiers en cause dans le processus d'examen de la candidature de l'appelant agissaient conformément au pouvoir légal que possède le CEMD de diriger et de gérer les Forces canadiennes. Partant, la décision de ne pas nommer l'appelant au poste d'AA est assujettie à un examen en vertu de l'article 15 de la *Charte*.

[30] In the recent case of *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,¹³ the Supreme Court of Canada summarized the proper approach to a subsection 15(1) analysis. Iacobucci J., writing for a unanimous Court, confirmed that the onus of establishing an infringement of a Charter right rests with the person claiming the right¹⁴ and outlined the following general approach:

. . . a court that is called upon to determine a discrimination claim under s. 15(1) should make the following three broad inquiries:

- (A) Does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics?
- (B) Is the claimant subject to differential treatment based on one or more enumerated and analogous grounds?

and

- (C) Does the differential treatment discriminate, by imposing a burden upon or withholding a benefit from the claimant in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration?¹⁵

[31] The Trial Judge's findings of fact establish that the appellant has made out the first two elements of the test. The decision-makers who considered the appellant's nomination drew a distinction between him and other members of the Canadian Forces, and subjected him to differential treatment on the basis of a personal characteristic—his religion. The respondents did not contest these findings before us.

[32] There remains only to consider the final portion of the test: did the decision-makers' differential treatment of the appellant discriminate against him

[30] Dans l'arrêt récent *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*¹³, la Cour suprême du Canada a résumé la façon d'aborder l'analyse relative au paragraphe 15(1). Le juge Iacobucci, au nom de la Cour à l'unanimité, a confirmé que le fardeau de démontrer qu'il y a eu atteinte à un droit protégé par la Charte incombe à la personne qui invoque ce droit¹⁴; il a résumé l'approche générale comme suit:

[. . .], le tribunal ayant à se prononcer sur une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) doit se poser trois grandes questions:

- (A) La loi contestée: a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles?
- (B) Le demandeur fait-il l'objet d'une différence de traitement fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?

et

- (C) La différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération¹⁵?

[31] Les conclusions de fait que le juge de première instance a tirées établissent que l'appellant a prouvé les deux premiers éléments du critère. Les décideurs qui examinaient la candidature de l'appellant ont fait une distinction entre celui-ci et les autres membres des Forces canadiennes, et l'ont assujéti à un traitement différent en raison d'une caractéristique personnelle—sa religion. Les intimés n'ont pas contesté ces conclusions devant nous.

[32] Il reste uniquement à examiner la dernière partie du critère: le traitement différent infligé par les décideurs constituait-il de la discrimination à l'endroit

within the meaning of section 15? In answering this question, the Court must bear in mind the purposes of the equality protection. These purposes were articulated by La Forest J. in *Andrews v. Law Society of British Columbia*¹⁶ in a passage referred to by Iacobucci J. in *Law*:

. . . La Forest J. . . . stated that the equality guarantee was designed to prevent the imposition of differential treatment that was likely to “inhibit the sense of those who are discriminated against that Canadian society is not free or democratic as far as they are concerned”, and that was likely to decrease their “confidence that they can freely and without obstruction by the state pursue their and their families’ hopes and expectations of vocational and personal development”.¹⁷

The inquiry into whether a person’s dignity has been demeaned must be both subjective and objective, with the objective analysis considered from the perspective of a person in circumstances similar to those of the claimant.¹⁸

[33] In my opinion, the differential treatment of the appellant’s nomination amounted to discrimination in the constitutional sense. The appellant testified that he had joined the Naval Reserve, in part:

. . . to do some national service and work with other Canadians from across Canada. I’m proud to be a Canadian citizen and Canada’s been good to me and my family, and I wanted to give something back.

[34] Through his seven years of training and professional development, the appellant acquired skills and knowledge that qualified him for the EA position for which he was nominated. However, by their actions, the decision-makers at Maritime Command and National Defence Headquarters denied the appellant the opportunity for professional and personal development that was presented by the position. He was also denied the benefit of applying his skills and knowledge in order to serve his country and the United Nations in an operational theatre.

[35] There can be no doubt that the decision had a profound impact upon the appellant’s human dignity,

de l’appelant au sens de l’article 15? En répondant à cette question, la Cour doit songer aux buts de la protection de l’égalité. Ces buts ont été énoncés par le juge La Forest dans l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*¹⁶ dans un passage que le juge Iacobucci a cité dans l’arrêt *Law*:

[. . .], le juge La Forest [. . .] a dit que la garantie d’égalité visait à empêcher l’imposition d’une différence de traitement susceptible de [TRADUCTION] «laisser croire à ceux qui sont victimes de discrimination que la société canadienne n’est pas libre et démocratique» et de les pousser à ne pas [TRADUCTION] «croire qu’[ils] peuvent librement et sans entrave de la part de l’État poursuivre la réalisation de leurs aspirations et attentes, ainsi que de celles de leur famille, en matière de carrière et d’épanouissement personnel»¹⁷.

L’enquête se rapportant à la question de savoir s’il a été porté atteinte à la dignité d’une personne doit être à la fois subjective et objective, l’analyse objective devant être considérée du point de vue d’une personne qui se trouve dans une situation semblable à celle du demandeur¹⁸.

[33] À mon avis, la différence de traitement dont l’appelant a fait l’objet en ce qui concerne sa mise en candidature constituait de la discrimination au sens constitutionnel du terme. L’appelant a témoigné qu’il s’était enrôlé dans la Réserve navale, en partie pour les motifs suivants:

[TRADUCTION] [. . .] pour assurer un service national et travailler avec d’autres Canadiens venant d’ici et là au Canada; je suis fier d’être un citoyen canadien et le Canada a été bon pour moi et pour ma famille, et je voulais faire la même chose.

[34] Au cours de ses sept années de formation et de développement professionnel, l’appelant a acquis des compétences et des connaissances qui l’ont qualifié au poste d’AA pour lequel il avait été désigné. Toutefois, par leurs actions, les décideurs au Commandement maritime et au quartier général de la Défense nationale ont refusé à l’appelant la possibilité de bénéficier du perfectionnement professionnel et personnel qu’offrait le poste. L’appelant s’est également vu refuser l’avantage d’appliquer ses compétences et ses connaissances afin de servir son pays et les Nations Unies dans un théâtre d’opérations.

[35] Il est certain que la décision avait des répercussions profondes sur la dignité humaine de l’appelant,

the very thing that subsection 15(1) is meant to protect. The appellant testified that:

. . . up until that very point I thought that things were unlimited for me . . . and all of a sudden I found out that the really good jobs just weren't going to be open to me because I'm Jewish, because although I was good enough to join the forces and good enough to do jobs in Canada, I just wasn't Canadian enough to send overseas. . . I wasn't a good representative of my country.

. . .

I was upset that I'd been selected for a job by the Navy and at the time and at that place I was the best person for the job . . . but I [*sic*] was then overturned by somebody based only on hearing a German last name and checking out my religion. And so I was shattered in one way and angry in another.

[36] On the basis of this evidence, the respondents concede that the appellant's dignity was demeaned in the subjective sense. However, while arguing that the objective portion of the analysis of the appellant's dignity whether had been demeaned had not been made out, counsel for the respondents was unable to point out how this could be so. Indeed, in my opinion, any reasonable observer in similar circumstances would conclude that the manner in which the appellant was treated did demean his dignity.

[37] The record before the Court establishes that although the decision-makers allegedly felt that the appellant's religion might cause him to be less effective and less safe while carrying out his duties in an Arab state, they made little (if any) attempt to collect evidence that might validate or invalidate their concerns. There seems to have been no real consideration of the political climates of Bahrain or Saudi Arabia or the manner in which a Jewish Canadian officer might be perceived by military officials or citizens of those countries. In fact, one of the staff officers conducting an "appreciation" of the situation admitted to not having been aware of the politics of the region. No efforts were made to ascertain the views of any of the states in the Persian Gulf region. No attempt was made to determine the approaches being taken by other members of the coalition who were deploying forces to the region. In fact, the evidence shows that

soit la chose même que le paragraphe 15(1) vise à protéger. L'appelant a témoigné ce qui suit:

[TRADUCTION] [. . .] jusqu'alors, je croyais que toutes les portes m'étaient ouvertes. [. . .] et tout d'un coup, j'ai découvert que les bons emplois véritables ne me seraient pas offerts parce que je suis juif, parce que, même si j'étais suffisamment compétent pour m'enrôler dans les forces et suffisamment compétent pour exercer des fonctions au Canada, je n'étais tout simplement pas suffisamment Canadien pour aller à l'étranger. [. . .] Je n'étais pas un bon représentant de mon pays.

[. . .]

J'étais mécontent de n'avoir pas été choisi par la marine pour occuper un poste; à ce moment-là et à cet endroit-là, j'étais le meilleur candidat [. . .] mais, j'ai été supplanté par quelqu'un qui a uniquement entendu un nom de famille allemand et qui a vérifié ma religion. J'étais donc d'une certaine façon bouleversé et également fâché.

[36] Compte tenu de cette preuve, les intimés concèdent qu'il a été porté atteinte à la dignité de l'appelant au sens subjectif du terme. Toutefois, tout en soutenant que l'élément objectif de l'analyse de la question de savoir si la dignité de l'appelant avait été atteinte n'avait pas été prouvé, l'avocat des intimés n'a néanmoins pas pu signaler de quelle façon il pouvait en être ainsi. De fait, à mon avis, tout observateur raisonnable se trouvant dans une situation similaire conclurait que la façon dont l'appelant a été traité portait de fait atteinte à sa dignité.

[37] Le dossier dont dispose la Cour établit que même si les décideurs croyaient censément que la religion de l'appelant pourrait le rendre moins efficace et qu'il serait moins en sécurité pendant qu'il exercerait ses fonctions dans un État arabe, ils n'ont pas vraiment tenté (et ils n'ont peut-être pas tenté du tout) de recueillir des éléments de preuve tendant à valider ou à invalider leurs préoccupations. Il semble n'y avoir eu aucun examen réel du climat politique, dans l'État de Bahreïn ou en Arabie saoudite, ou de la façon dont un officier juif canadien pourrait être perçu par les autorités militaires ou par les citoyens de ces pays. De fait, l'un des officiers d'état-major qui a effectué une «appréciation» de la situation a admis ne pas avoir été au courant de la situation politique dans la région. Aucun effort n'a été fait en vue de connaître le point de vue des États de la région du Golfe persique. Aucune tentative n'a été faite pour déterminer les

the United States had more Jewish personnel in the region than the total of all Canadian forces. In short, the analysis seems to have been conducted in a factual and evidentiary vacuum.

[38] By confining whatever analysis they made to a simplistic “Jewish officer in an Arab state” model, the decision-making officers applied stereotypical thinking and based their decision upon presumed characteristics of both Jews and Arabs. This way of thinking had the effect, in essence, of imposing upon the appellant the burden of establishing that his religion would not have a detrimental impact upon either his safety or his ability to carry out his duties. It also had the effect of perpetuating the view that the appellant was a less worthy member of the Canadian Forces and, therefore, of Canadian society as a whole.

[39] Therefore, I conclude that Chief of Defence Staff, through the actions of his delegates who considered the nomination of the appellant for the position of Executive Assistant to the Commander of CFME, limited his rights to equal treatment under the law and equal benefit of the law in a discriminatory manner, contrary to section 15 of the Charter.

Issue 3: Section 1

[40] It only remains to determine whether the limitation of the appellant’s equality rights imposed by the refusal to appoint him to the EA position because of his religion was a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society. At this stage of analysis, the burden falls upon the respondents to show, on the preponderance of probabilities, that the limitation was reasonable and demonstrably justified.¹⁹

[41] In the case at bar, the respondents have failed to fulfill their burden. Their written submissions

approches adoptées par les autres membres de la coalition qui déployaient des forces dans la région. De fait, selon la preuve, les États-Unis avaient un plus grand nombre de membres juifs dans la région que toutes les forces canadiennes dans leur ensemble. Bref, l’analyse semble avoir été effectuée en l’absence de faits et d’éléments de preuve.

[38] En limitant leur analyse à un modèle simpliste, soit celui de «l’officier juif dans un État arabe», les officiers qui ont pris la décision ont appliqué des idées stéréotypées et ont fondé leur décision sur de présumées caractéristiques propres aux juifs et aux arabes. Cette conception avait essentiellement pour effet d’imposer à l’appelant la charge d’établir que sa religion ne nuirait pas à sa sécurité ou à sa capacité de s’acquitter de ses fonctions. Cela avait également pour effet de perpétuer l’idée selon laquelle l’appelant était un membre moins digne des Forces canadiennes et, par conséquent, de la société canadienne dans son ensemble.

[39] Je conclus donc que le chef d’état-major de la Défense, au moyen des actions de ses représentants qui ont examiné la candidature de l’appelant pour le poste d’adjoint administratif du commandant des FCMO, a restreint les droits à l’égalité de traitement en vertu de la loi et au même bénéfice de la loi, et ce, d’une façon discriminatoire, en violation de l’article 15 de la Charte.

Troisième question: l’article premier

[40] Il reste uniquement à déterminer si les restrictions apportées au droit à l’égalité de l’appelant découlant du refus de nommer celui-ci au poste d’AA en raison de sa religion constituaient une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique. À ce stade de l’analyse, il incombe aux intimés de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que les limites étaient raisonnables et que leur justification pouvait se démontrer¹⁹.

[41] En l’espèce, les intimés ne se sont pas acquittés de l’obligation qui leur incombait. Dans leurs observa-

advanced no argument attempting to show that the impugned decision was reasonable or demonstrably justified. During the oral hearing, their counsel expressly told the Court that no such arguments would be advanced.

Conduct of the Respondents

[42] There is one other aspect of the respondents' conduct that requires comment. Before the Trial Judge the respondents' evidence was that the appellant did not get the EA position because there was no position to fill. The respondents' pleadings were also to this effect. It appears that the respondents took the position that the decision not to send the appellant to the Gulf had nothing to do with his religion.

[43] The Trial Judge did not believe the respondents' witnesses [at paragraphs 14-15].

I am also satisfied that the evidence does not support the defendant's contention that the plaintiff did not get the position because there was no position to fill and that MARCOM was so advised some time on or about January 21, 1991. On the contrary, what the evidence demonstrates is that the extension of the current Executive Assistant's term of duty only arose after it became apparent that the defendants did not want to send Lieutenant Liebmann because of his religion but were concerned over the implications of letting the truth be known. . . .

Furthermore, the fact that the defendants continued processing [another nominee] for the position and advised him as late as February 4, 1991 that he would be going to the Middle East, negates their contention that the decision not to replace the current Executive Assistant was made during the third week of January 1991. . . . Even the three people directly involved in the selection process for the position of Executive Assistant had no records or files of any kind, in spite of the plaintiff's stated intention of filing a grievance.

The conduct of the respondents described by the Trial Judge calls for the disapproval of this Court.

[44] It should go without saying that when the respondents are faced with a complaint of discrimination under section 15, the proper course of action is to face the issue squarely, make an honest assessment of

tions écrites, ils n'ont pas avancé d'arguments en vue de tenter de démontrer que la décision contestée était raisonnable ou que sa justification pouvait se démontrer. Au cours de l'audience, leur avocat a expressément dit à la Cour qu'aucun argument de ce genre ne serait invoqué.

La conduite des intimés

[42] Il convient de faire des remarques au sujet d'un autre aspect de la conduite des intimés. En effet, selon la preuve soumise par les intimés devant le juge de première instance, l'appelant n'avait pas obtenu le poste d'AA parce qu'il n'y avait pas de poste à combler. Les plaidoiries des intimés le disaient également. Il semble que les intimés aient pris la position selon laquelle la décision de ne pas envoyer l'appelant dans le Golfe n'ait rien eu à voir avec sa religion.

[43] Le juge de première instance ne croyait pas les témoins des intimés [aux paragraphes 14 et 15]:

J'estime que la preuve ne corrobore pas la prétention des défendeurs selon laquelle le demandeur n'a pas obtenu le poste en raison du fait qu'il n'y en avait aucun à combler et que le COMMAR en avait été informé vers le 21 janvier 1991. La preuve démontre, au contraire, que la prolongation de la période d'affectation de l'adjoint administratif de l'époque est survenue seulement après qu'il soit devenu apparent que les défendeurs ne voulaient pas envoyer le lieutenant Liebmann en raison de sa religion mais qu'ils s'inquiétaient des conséquences de la vérité si elle était connue. [. . .]

De plus, le fait que les défendeurs aient continué leur processus [. . .] [à l'égard d'un autre candidat], pour le poste et qu'ils l'aient informé aussi tard que le 4 février 1991 qu'il serait envoyé au Moyen-Orient, réfute leur prétention selon laquelle la décision de ne pas remplacer l'adjoint administratif de l'époque avait été prise pendant la troisième semaine de janvier 1991 [. . .] Même les trois personnes directement impliquées dans le processus de sélection pour le poste d'adjoint administratif ne disposaient d'aucun dossier de quelque nature que ce soit malgré l'intention déclarée du demandeur de déposer un grief.

La présente Cour doit condamner la conduite des intimés décrite par le juge de première instance.

[44] Il va sans dire que lorsque les intimés font face à une plainte de discrimination fondée sur l'article 15, la conduite qu'il convient d'adopter consiste à faire carrément face à la question et à déterminer d'une

whether the action taken was discriminatory and if it appears to be, whether it can be justified. Pleadings, evidence and argument must then be addressed to these issues.

Conclusion

[45] I would allow that part of the appeal dealing with the process by which the respondents considered his nomination for the EA position. The appellant is entitled to a declaration that the refusal to select him for duty with CFME because of his religion was unconstitutional, being contrary to his rights to equality under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I would dismiss the other parts of the appeal.

[46] I would order the respondents to pay the appellant's costs both at trial and in this appeal.

ROTHSTEIN J.A.: I agree.

EVANS J.A.: I agree.

¹ *Charter of the United Nations*, 26 June 1945, [1945] Can. T.S. No. 7. Chapter VII, entitled "Threats to the Peace, Breaches of the Peace and Acts of Aggression", empowers the Security Council to take action aimed at "peace enforcement". This is in contrast to "peace keeping" measures taken under the authority of Chapter VI of the Charter, "Pacific Settlement of Disputes".

² At para. 5.

³ *Ibid.*, at para. 16.

⁴ *Ibid.*, at para. 26.

⁵ Ss. 1 and 15.

⁶ [1989] 1 S.C.R. 342.

⁷ *Ibid.*, at p. 353.

⁸ *Ibid.*, at pp. 358-363.

⁹ [1989] 1 S.C.R. 1038.

¹⁰ *Ibid.*, at p. 1078.

¹¹ [1997] 3 S.C.R. 624.

¹² R.S.C., 1985, c. N-5.

¹³ [1999] 1 S.C.R. 497.

¹⁴ *Ibid.*, at para. 81.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 197.

¹⁷ *Supra*, note 13, at para. 43.

¹⁸ *Ibid.*, at para. 88.

¹⁹ *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136.

façon honnête si la mesure qui a été prise était discriminatoire et, si elle semblait l'être, à déterminer si sa justification peut se démontrer. Les plaidoiries, la preuve et les arguments doivent ensuite être examinés par rapport à ces questions.

Conclusion

[45] J'accueillerais la partie de l'appel qui se rapporte au processus par lequel les intimés ont examiné la candidature de l'appelant au poste d'AA. L'appelant a droit à un jugement déclaratoire portant que le refus de le choisir pour servir dans les FCMO en raison de sa religion était inconstitutionnel étant donné que cela portait atteinte au droit à l'égalité qui lui est garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je rejetterais les autres parties de l'appel.

[46] J'ordonnerais aux intimés de payer les dépens de l'appelant en première instance et en appel.

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.: Je souscris à cet avis.

LE JUGE EVANS, J.C.A.: Je souscris à cet avis.

¹ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, [1945] R.T. Can. n° 7. Le chapitre VII, intitulé: «Action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression», autorise le Conseil de sécurité à prendre des mesures à l'égard de l'«imposition de la paix». Il faut comparer cette disposition aux mesures de «maintien de la paix» qui sont prises en vertu du chapitre VI de la Charte, intitulé: «Règlement pacifique des différends».

² Au par. 5.

³ *Ibid.*, au par. 16.

⁴ *Ibid.*, au par. 26.

⁵ Art. 1 et 15.

⁶ [1989] 1 R.C.S. 342.

⁷ *Ibid.*, à la p. 353.

⁸ *Ibid.*, aux p. 358 à 363.

⁹ [1989] 1 R.C.S. 1038.

¹⁰ *Ibid.*, aux p. 1077 et 1078.

¹¹ [1997] 3 R.C.S. 624.

¹² L.R.C. (1985), ch. N-5.

¹³ [1999] 1 R.C.S. 497.

¹⁴ *Ibid.*, au par. 81.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 197.

¹⁷ *Supra*, note 13, au par. 43.

¹⁸ *Ibid.*, au par. 88.

¹⁹ *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136.