

A-794-99
2001 FCA 10

A-794-99
2001 CAF 10

Lloyd Lewis McLean (*Appellant*)

Lloyd Lewis McLean (*appelant*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(*intimé*)

INDEXED AS: MCLEAN v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: MCLEAN c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)

Court of Appeal, Noël, Evans and Sharlow JJ.A.—
Vancouver, February 7 and 8, 2001.

Cour d'appel, juges Noël, Evans et Sharlow, J.C.A.—
Vancouver, 7 et 8 février 2001.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality Rights — Appeal from dismissal of application for judicial review of denial of citizenship application — Appellant born in 1943 in U.S.A. in wedlock to American father, Canadian mother — Landed in Canada in 1951 — Ordered deported first of many times in 1972 — Subject of many inquiries at which assertion of Canadian citizenship always negated — 1947 Citizenship Act, s. 4 granting citizenship to children born prior to 1947 outside of Canada in wedlock if father Canadian; s. 5 according same status to those born after 1947 — Citizenship Act, 1976, s. 5(2)(b) removing differential treatment for those born after 1947 — Benner v. Secretary of State holding s. 5(2)(b) unconstitutional as imposing more onerous requirements on those claiming citizenship through mothers — Appellant arguing differential distinction used to deny him citizenship equally contrary to Charter, s. 15 — Arguing Citizenship Act never engaged because never formally applied for recognition of citizenship — Citizenship having implications under variety of statutes — Defining moment when confronted by law taking lack of citizenship into account i.e. when determined not Canadian citizen upon resisting deportation on that basis — Appellant engaging provisions of Citizenship Act well before Charter came into force — Seeking retroactive application of Charter — Appeal dismissed.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire présentée suite au rejet d'une demande d'obtention de la citoyenneté — Appellant né en 1943 aux É.U.A., du mariage d'un père américain et d'une mère canadienne — Droit d'établissement au Canada en 1951 — Première de plusieurs expulsions en 1972 — Plusieurs enquêtes se sont soldées par la conclusion qu'il n'y avait pas droit à la citoyenneté canadienne — L'art. 4 de la Loi sur la citoyenneté canadienne de 1947 accordait la citoyenneté aux enfants nés d'un père canadien hors du Canada des liens du mariage avant 1947; l'art. 5 accorde le même droit aux enfants nés après 1947 — L'art. 5(2)(b) de la Loi sur la citoyenneté de 1976 est venu supprimer cette différence de traitement pour les personnes nées après 1947 — L'arrêt Benner c. Secrétaire d'État a conclu que l'art. 5(2)(b) était inconstitutionnel en ce qu'il imposait des conditions plus exigeantes à ceux qui réclamaient la citoyenneté par filiation maternelle — L'appellant soutient que la distinction sur laquelle on s'appuie pour lui refuser la citoyenneté enfreint l'art. 15 de la Charte — Il soutient n'avoir jamais invoqué la Loi sur la citoyenneté, puisqu'il n'a jamais fait une demande formelle de citoyenneté — La citoyenneté a des conséquences en vertu de plusieurs lois — Le moment qui importe est celui où il s'est heurté à un texte de loi qui tenait compte du fait qu'il n'était pas citoyen, c.-à-d. lorsqu'il s'est opposé à son expulsion au motif qu'il était un citoyen canadien et qu'on a décidé que ce n'était pas le cas — L'appellant connaissait les dispositions de la Loi sur la citoyenneté bien avant que la Charte n'entre en vigueur — Il recherchait une application rétroactive de la Charte — Appel rejeté.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Appeal from dismissal of application for judicial review of denial of citizenship application — Appellant born in 1943 in U.S.A. in wedlock to American father, Canadian mother — 1947 Citizenship Act, s. 4 granting citizenship to children born prior to 1947 outside of Canada in wedlock if father Canadian; s. 5 according same status to those born

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire présentée suite au rejet d'une demande d'obtention de la citoyenneté — Appellant né en 1943 aux É.U.A., du mariage d'un père américain et d'une mère canadienne — L'art. 4 de la Loi sur la citoyenneté canadienne de 1947 accordait la citoyenneté aux enfants nés d'un père canadien

after 1947 — Citizenship Act, 1976, s. 5(2)(b) removing differential treatment for those born after 1947 — Benner v. Secretary of State holding s. 5(2)(b) unconstitutional — Appellant arguing differential distinction relied upon to deny him citizenship also contrary to Charter, s. 15 — Reasoning in Benner applies to persons born prior to 1947 in wedlock outside Canada to Canadian-born mothers, but application of Charter would be retroactive.

This was an appeal from the dismissal of an application for judicial review of the denial of a citizenship application. The appellant was born in wedlock in the United States of America in 1943 to an American father and a Canadian mother. The appellant moved to Canada sometime between 1947 and 1949 and was granted landing as a permanent resident in 1951. He was ordered deported in 1972 as a result of narcotics convictions. He was subsequently ordered deported some 12 times and on each occasion he was the subject of an inquiry, at which he asserted that he was a Canadian citizen. Each time he was advised that he was not a Canadian citizen. In 1997 the appellant requested a certificate of proof of citizenship. The request was treated as a citizenship application and was denied. The subsequent application for judicial review was also denied.

Under *The Canadian Citizenship Act* of 1947, section 4 a child born in wedlock outside of Canada before the commencement of the Act was granted citizenship if his father had been born in Canada. Subparagraph 5(b)(i) (as it then was) extended Canadian citizenship to persons born after the commencement of the Act outside of Canada to a Canadian father. No such right was granted to a child born in wedlock to a Canadian-born mother. In 1977 paragraph 5(2)(b) extended the right of citizenship to those born outside of Canada before February 15, 1977 to a Canadian mother and who was not entitled to become a citizen under subparagraph 5(1)(b)(i). In *Benner v. Secretary of State*, which involved an individual who was born after 1947, and who qualified under paragraph 5(2)(b), the Supreme Court of Canada held that requiring children of a Canadian mother to complete security checks and take an oath of allegiance imposed more onerous requirements on those claiming Canadian citizenship based on maternal lineage than on those whose claims depended upon paternal lineage thus violating Charter, section 15.

The appellant argued that his application should not have been processed pursuant to paragraph 5(2)(b) because at the

hors du Canada des liens du mariage avant 1947; l'art. 5 accorde le même droit aux enfants nés après 1947 — L'art. 5(2)(b) de la Loi sur la citoyenneté de 1976 est venu supprimer cette différence de traitement pour les personnes nées après 1947 — L'arrêt Benner c. Secrétaire d'État a conclu que l'art. 5(2)(b) était inconstitutionnel — L'appellant soutient que la distinction sur laquelle on s'appuie pour lui refuser la citoyenneté enfreint l'art. 15 de la Charte — Le raisonnement de l'arrêt Benner s'applique aux personnes nées hors Canada avant 1947 des liens du mariage, dont la mère était née au Canada, mais le recours à la Charte lui donnerait un caractère rétroactif.

Le présent appel porte sur le rejet d'une demande de contrôle judiciaire présentée suite au rejet d'une demande d'obtention de la citoyenneté canadienne. L'appellant est né des liens du mariage aux États-Unis d'Amérique en 1943, d'un père américain et d'une mère canadienne. Il est venu s'installer au Canada entre 1947 et 1949, et il a obtenu le droit d'établissement à titre de résident permanent en 1951. Il a été expulsé en 1972, suite à sa condamnation pour trafic de stupéfiants. Il a été expulsé à 12 occasions par la suite. Avant chacune de ces expulsions, l'appellant a fait l'objet d'une enquête et il a chaque fois affirmé qu'il était citoyen canadien. Chaque fois qu'il a présenté ces affirmations on l'a informé qu'il n'était pas un citoyen. En 1997, l'appellant a réclamé un certificat prouvant sa citoyenneté. La demande a été traitée comme une demande de citoyenneté canadienne et elle a été rejetée. La demande subséquente pour obtenir le contrôle judiciaire a aussi été rejetée.

En vertu de l'article 4 de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947, un enfant né hors du Canada dans les liens du mariage avant l'entrée en vigueur de la Loi obtenait la citoyenneté si son père était né au Canada. L'alinéa 5b)(i) d'alors accordait aussi la citoyenneté canadienne aux personnes nées hors du Canada d'un père canadien après l'entrée en vigueur de la Loi. Ce droit n'était pas accordé à un enfant né dans les liens du mariage d'une mère canadienne. En 1977, l'alinéa 5(2)(b) est venu étendre le droit à la citoyenneté aux personnes nées à l'étranger d'une mère canadienne avant le 15 février 1977, qui n'était pas admissible à la citoyenneté aux termes du sous-alinéa 5(1)(b)(i) de l'ancienne Loi. Dans l'arrêt *Benner c. Secrétaire d'État*, qui portait sur une personne née après 1947 et qui pouvait donc se prévaloir de l'alinéa 5(2)(b), la Cour suprême du Canada a conclu que le fait d'exiger que les enfants nés d'une mère canadienne se soumettent à une enquête de sécurité et prêtent serment d'allégeance imposait des conditions plus exigeantes à ceux qui réclamaient la citoyenneté canadienne par filiation maternelle qu'à ceux qui se fondaient pour ce faire sur leur filiation paternelle, ce qui enfreignait l'article 15 de la Charte.

L'appellant a soutenu que sa demande n'aurait pas du être traitée comme une demande fondée sur l'alinéa 5(2)(b),

relevant time he was a Canadian citizen pursuant to paragraph 3(1)(d), which states that a person is a citizen if the person was a citizen immediately preceding February 15, 1977. The appellant submitted that but for the discrimination based on his maternal lineage, he would have been a citizen prior to 1977 by virtue of section 4 of the 1947 Act. He submitted that *Benner* stands for more than the constitutionality of paragraph 5(2)(b); it stands for the proposition that it is discriminatory to treat children born abroad as having different rights depending on the gender of the parent on whom they base their claim to citizenship; the differential distinction which is relied upon to deny citizenship in this instance can no more withstand Charter scrutiny than paragraph 5(2)(b) as it read prior to the *Benner* decision. Finally, the appellant submitted that applying Charter, subsection 15(1) would not result in a retroactive or retrospective application of the Charter.

The issues were: (1) whether the citizenship application was properly processed pursuant to paragraph 5(2)(b); (2) whether the *Benner* decision is limited to the constitutionality of paragraph 5(2)(b); (3) whether application of Charter, subsection 15(1) in this instance would result in a retroactive or retrospective application of the Charter.

Held, the appeal should be dismissed.

Assuming that the reasoning in *Benner* applies to persons born prior to January 1, 1947 in wedlock outside Canada to Canadian-born mothers, the appellant had not established that invocation of the Charter would not give rise to its retroactive or retrospective application. The appellant argued that the *Citizenship Act* had never been engaged *per se* because he had never formally applied to be granted Canadian citizenship or to be recognized as a Canadian citizen. This distinction is immaterial. One's citizenship (or lack thereof) has implications not only under the *Citizenship Act* but also under a variety of other statutes which incorporate this notion. Hence the defining moment, based on the test adopted in *Benner*, was when appellant was first confronted by a law which took his lack of citizenship into account or, in this case, when he resisted being deported on the ground that he was a Canadian citizen and it was determined that he was not. The moment in question in each case is when the status of those concerned is held against them so as to disentitle them to a benefit. The appellant was confronted by and engaged the provisions of the Act well before the Charter came into force. The Motions Judge did not err when he held that the appellant was seeking to have the Charter applied retroactively.

puisque à l'époque pertinente, il était un citoyen canadien en vertu de l'alinéa 3(1)d), qui porte qu'a qualité de citoyen toute personne ayant cette qualité au 14 février 1977. L'appelant soutient que n'eut été la distinction fondée sur sa filiation maternelle, il aurait été un citoyen avant 1977 en vertu de l'article 4 de la Loi de 1947. Il soutient que l'arrêt *Benner* ne porte pas uniquement sur la constitutionnalité de l'alinéa 5(2)b), mais appuie le point de vue plus large voulant qu'il est discriminatoire de traiter les enfants nés à l'étranger comme si leurs droits variaient selon qu'ils fondent leur revendication de la citoyenneté sur leur père ou sur leur mère. La distinction sur laquelle on s'appuie pour refuser la citoyenneté en l'instance ne peut pas plus résister à un examen en vertu de la Charte que l'alinéa 5(2)b) tel qu'il était rédigé avant l'arrêt *Benner*. Finalement, l'appelant soutient que le fait d'appliquer le paragraphe 15(1) de la Charte n'aurait pas pour effet de donner un caractère rétroactif ou rétrospectif à la Charte.

Les questions en litige étaient les suivantes: 1) la demande a-t-elle été correctement traitée comme une demande de citoyenneté fondée sur l'alinéa 5(2)b); 2) l'arrêt *Benner* porte-t-il uniquement sur la constitutionnalité de l'alinéa 5(2)b); 3) l'application du paragraphe 15(1) de la Charte en l'instance aurait-elle pour résultat de lui donner un caractère rétroactif ou rétrospectif.

Arrêt: l'appel est rejeté.

En présumant que le raisonnement de l'arrêt *Benner* s'applique aux personnes nées hors Canada avant le 1^{er} janvier 1947 des liens du mariage, et dont la mère était née au Canada, l'appelant n'a pas démontré que son recours à la Charte ne lui donnait pas un caractère rétroactif ou rétrospectif. L'appelant a soutenu qu'il n'avait pas invoqué les dispositions de la *Loi sur la citoyenneté* en tant que telles, puisqu'il n'avait jamais fait une demande formelle de citoyenneté canadienne ou de reconnaissance de sa citoyenneté canadienne. Cette distinction importe peu. Le statut de citoyen d'une personne (ou l'absence de ce statut) a des conséquences non seulement en vertu de la *Loi sur la citoyenneté*, mais aussi en vertu d'autres lois qui font appel à cette notion. Par conséquent, le moment qui importe au vu du critère adopté dans l'arrêt *Benner* est la date à laquelle l'appelant s'est pour la première fois heurté à un texte de loi qui tenait compte du fait qu'il n'était pas citoyen canadien, en l'instance celui où il s'est opposé à son expulsion au motif qu'il était un citoyen canadien et où l'on a décidé que ce n'était pas le cas. Dans chacun de ces cas, le moment en cause est celui où le statut de la personne en question lui a été reproché et l'a privée du droit d'obtenir un avantage. L'appelant connaissait bien les dispositions de la Loi et il les avait maintes fois invoquées bien avant que la Charte n'entre en vigueur. Le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a conclu que l'appelant recherchait une application rétroactive de la Charte.

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], s. 15(1).
Canadian Citizenship Act (The), S.C. 1946, c. 15, ss. 4, 5.
Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 3(1)(d), 5(2)(b), 12(1).
Citizenship Act, S.C. 1974-75-76, c. 108.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Benner v. Canada (Secretary of State), [1997] 1 S.C.R. 358; (1997), 143 D.L.R. (4th) 577; 42 C.R.R. (2d) 1; 37 Imm. L.R. (2d) 195; 208 N.R. 81; *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.

APPEAL from the dismissal of an application for judicial review of the rejection of the appellant's application for citizenship (*McLean v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 177 F.T.R. 219 (F.C.T.D.)). Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Catherine A. Sullivan, for appellant.
Brenda Carbonell for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Catherine A. Sullivan, Vancouver, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] Noël J.A.: This is an appeal from the decision of Associate Chief Justice Richard (as he then was) rendered November 4, 1999 ((1999), 177 F.T.R. 219 (F.C.T.D.)), dismissing the appellant's application for judicial review of the decision of George Hill, in his capacity of citizenship officer, rejecting the appellant's

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. 15(1).
Loi sur la citoyenneté canadienne, S.C. 1946, ch. 15, art. 4, 5.
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 3(1)d, 5(2)b, 12(1).
Loi sur la citoyenneté, S.C. 1974-75-76, ch. 108.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Benner c. Canada (Secrétaire d'État), [1997] 1 R.C.S. 358; (1997), 143 D.L.R. (4th) 577; 42 C.R.R. (2d) 1; 37 Imm. L.R. (2d) 195; 208 N.R. 81; *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.

APPEL du rejet d'une demande de contrôle judiciaire présentée suite au rejet d'une demande d'obtention de la citoyenneté (*McLean c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 177 F.T.R. 219 (C.F. 1^{re} inst.)). Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Catherine A. Sullivan pour l'appelant.
Brenda Carbonell pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Catherine A. Sullivan, Vancouver, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

[1] Le juge Noël, J.C.A.: Le présent appel porte sur une décision du juge Richard (alors juge en chef adjoint), rendue le 4 novembre 1999 ((1999), 177 F.T.R. 219 (C.F. 1^{re} inst.)). Cette décision rejetait la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelant de la décision de George Hill, agent de la

application for Canadian citizenship.

[2] The relevant facts are succinctly set out in the decision under appeal:

The applicant, Lloyd Lewis McLean, is an American citizen. The applicant's mother was born in the Province of Saskatchewan on December 21, 1922. The applicant's father was born in the United States in 1921. The applicant's parents were married in 1942 and subsequently moved to Clinton Iowa, where the applicant was born on November 4, 1943.

The applicant's parents divorced and the applicant came to Canada with his mother and sister sometime between 1947 and 1949.

On December 13, 1951, the applicant was granted landing as a permanent resident. He lost his status as a permanent resident when he was first ordered deported on March 7, 1972.

The applicant was the subject of a number of inquiries held pursuant to subsection 11(1) of the *Immigration Act, 1970*. During these inquiries, the applicant argued that he ought not to be deported from Canada on the basis that he was a Canadian citizen. In each of these inquiries, the Adjudicator determined that the applicant was not a Canadian citizen.

By way of letter dated November 3, 1997, the applicant requested that he be issued a certificate of proof of Canadian citizenship on the basis that he was born in the United States in 1943 to a Canadian born mother. This application was made in the belief that he was entitled to Canadian citizenship pursuant to the Supreme Court decision in *Benner v. Secretary of State of Canada*, [1997] 1 S.C.R. 358.

The respondent treated the application as an application for Canadian citizenship and, by way of a letter dated July 27, 1998, denied the applicant's application.

[3] The citizenship officer concluded that the appellant did not meet the requirements of paragraph 5(2)(b) of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 (the Act) and that the *Benner* decision [*Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358] was of no assistance to him.

[4] The appellant's judicial review application against the aforesaid decision of the citizenship officer was denied by the Associate Chief Justice and the present appeal ensued.

citoyenneté, qui avait rejeté la demande de l'appelant visant à l'obtention de la citoyenneté canadienne.

[2] Les faits pertinents sont énoncés succinctement dans la décision frappée d'appel:

Le demandeur, Lloyd Lewis McLean, est citoyen américain. Sa mère est née en Saskatchewan le 21 décembre 1922. Son père est né aux États-Unis en 1921. Les parents du demandeur se sont mariés en 1942 et se sont ensuite installés à Clinton (Iowa), où le demandeur est né le 4 novembre 1943.

Les parents du demandeur ont divorcé et le demandeur est venu s'installer au Canada avec sa mère et sa sœur entre 1947 et 1949.

Le 13 décembre 1951, le demandeur a obtenu le droit d'établissement à titre de résident permanent. Il a perdu ce statut de résident permanent quand une première ordonnance d'expulsion a été prise contre lui le 7 mars 1972.

Le demandeur a fait l'objet d'un certain nombre d'enquêtes tenues aux termes du paragraphe 11(1) de la *Loi sur l'immigration de 1970*. Au cours de ces enquêtes, le demandeur a fait valoir qu'il ne devait pas être expulsé du Canada au motif qu'il était citoyen canadien. Au cours de chacune de ces enquêtes, l'arbitre a déterminé que le demandeur n'était pas citoyen canadien.

Dans une lettre datée du 3 novembre 1997, le demandeur réclamait un certificat prouvant sa citoyenneté canadienne au motif qu'il était né aux États-Unis en 1943 d'une mère canadienne. Il a présenté cette demande en s'appuyant sur sa conviction qu'il avait droit à la citoyenneté canadienne aux termes de la décision de la Cour suprême du Canada dans *Benner c. Secrétaire d'État du Canada*, [1997] 1 R.C.S. 358.

Le défendeur a traité la demande comme une demande de citoyenneté canadienne et, dans une lettre datée du 27 juillet 1998, a refusé cette demande.

[3] L'agent de la citoyenneté a conclu que l'appelant ne répondait pas aux critères de l'alinéa 5(2)b) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29 (la Loi), et que l'arrêt *Benner* [*Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358] ne s'appliquait pas à son cas.

[4] La demande de l'appelant pour obtenir le contrôle judiciaire de la décision susmentionnée de l'agent de la citoyenneté a été rejetée par le juge en chef adjoint, d'où le présent appel.

[5] In order to situate the issue raised by the appeal, it is useful to recall that the concept of Canadian citizenship was introduced on January 1, 1947, with the enactment of *The Canadian Citizenship Act* [S.C. 1946, c. 15] (the 1947 Act). Sections 4 and 5 of the 1947 Act provided:

4. A person, born before the commencement of this Act, is a natural-born Canadian Citizen:—

. . .

(b) if he was born outside of Canada . . . and his father, or in the case of a person born out of wedlock, his mother

(i) was born in Canada . . . and had not become an alien at the time of that person's birth. . .

. . .

if, at the commencement of this Act, that person has not become an alien, and has either been lawfully admitted to Canada for permanent residence or is a minor.

5. A person, born after the commencement of this Act, is a natural-born Canadian citizen:—

. . .

(b) if he is born outside of Canada [. . .] and

(i) his father, or in the case of a child born out of wedlock, his mother, at the time of that person's birth, is a Canadian citizen by reason of having been born in Canada . . ., or having been granted a certificate of citizenship or having been a Canadian citizen at the commencement of this Act.

[6] A child born outside of Canada in wedlock was therefore granted citizenship if the father was born in Canada; section 4 so provided with respect to children born prior to 1947 and section 5 with respect to those born after 1947. However, no such right was granted to a child born in wedlock to a Canadian-born mother (unless of course the father was also Canadian born).

[7] This differential treatment was partially removed in 1977 [S.C. 1974-75-76, c. 108] when the 1947 Act was repealed and replaced by the current Act. Paragraph 5(2)(b) now provides:

[5] Afin de placer la question soulevée dans l'appel dans son contexte, il y a lieu de rappeler que la notion de citoyenneté canadienne a été introduite le 1^{er} janvier 1947, avec l'adoption de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* [S.C. 1946, ch. 15] (la Loi de 1947). Les articles 4 et 5 de la Loi de 1947 sont rédigés comme suit:

4. Une personne, née avant l'entrée en vigueur de la présente loi, est citoyen canadien de naissance

[. . .]

b) Lorsqu'elle est née hors du Canada [. . .] et que son père ou, dans le cas d'une personne née hors du mariage, sa mère

(i) est né (ou née) au Canada [. . .] et n'était pas devenu étranger (ou devenue étrangère) lors de la naissance de ladite personne, ou

[. . .]

si, à l'entrée en vigueur de la présente loi, ladite personne n'est pas devenue étrangère, et a été licitement admise au Canada en vue d'une résidence permanente ou est mineure.

5. Une personne, née après l'entrée en vigueur de la présente loi, est citoyen canadien de naissance

[. . .]

b) Si elle est née hors du Canada [. . .], et si

(i) son père ou, dans le cas d'un enfant né hors du mariage, sa mère, à la naissance de ladite personne, est citoyen canadien en raison de sa naissance au Canada [. . .], ou parce qu'il lui a été accordé un certificat de citoyenneté ou du fait d'avoir été citoyen canadien lors de la mise en vigueur de la présente loi.

[6] Un enfant né hors du Canada dans les liens du mariage obtenait donc la citoyenneté si son père était né au Canada; l'article 4 établissait ceci pour les enfants nés avant 1947 et l'article 5 faisait de même pour ceux nés après 1947. Toutefois, ce droit n'était pas accordé à un enfant né dans les liens du mariage d'une mère canadienne (à moins, bien sûr que le père soit aussi né au Canada).

[7] Cette différence de traitement a été partiellement corrigée en 1977 [S.C. 1974-75-76, ch. 108], avec l'abrogation de la Loi de 1947 et son remplacement par la Loi actuelle. L'alinéa 5(2)(b) actuel est rédigé comme suit:

5. (1) . . .

(2) The Minister shall grant citizenship to any person who

. . .

(b) was born outside Canada, before February 15, 1977, of a mother who was a citizen at the time of his birth, and was not entitled, immediately before February 15, 1977, to become a citizen under subparagraph 5(1)(b)(i) of the former Act, if, before February 15, 1979, or within such extended period as the Minister may authorize, an application for citizenship is made to the Minister by a person authorized by regulation to make the application. [My emphasis.]

[8] As can be seen, this provision extends the right of citizenship only with respect to those who qualify under subparagraph 5(1)(b)(i) of the 1947 Act [as am. by S.C. 1950, c. 29, s. 2] (i.e. those born after 1947). Children born before 1947, in the same circumstances, are granted no rights to citizenship.

[9] The *Benner* decision which was referred to in the ruling made by the citizenship officer dealt with an individual who was born after 1947 and therefore who qualified under paragraph 5(2)(b). However, at the relevant time, children born of a Canadian mother (in contrast with children born of a Canadian father) were subjected to the further requirement that they complete security checks and take an oath of allegiance. The Supreme Court of Canada held that these requirements (which have since been removed) violate subsection 15(1) of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] in so far as they impose more onerous requirements on those claiming Canadian citizenship based on maternal lineage than on those claiming Canadian citizenship based on paternal lineage.

[10] I now turn to the decision in issue. The judicial review application was dismissed on four grounds:

(1) The application was properly processed as a request pursuant to paragraph 5(2)(b);

5. (1) [. . .]

2) Le ministre attribue en outre la citoyenneté:

[. . .]

b) sur demande qui lui est présentée par la personne qui y est autorisée par règlement et avant le 15 février 1979 ou dans le délai ultérieur qu'il autorise, à la personne qui, née à l'étranger avant le 15 février 1977 d'une mère ayant à ce moment-là qualité de citoyen, n'était pas admissible à la citoyenneté aux termes du sous-alinéa 5(1)(b)(i) de l'ancienne loi. [Non souligné dans l'original.]

[8] Comme on peut le voir, cette disposition étendait le droit à la citoyenneté canadienne aux seules personnes qui pouvaient se prévaloir du sous-alinéa 5(1)(b)(i) de la Loi de 1947 [mod. par S.C. 1950, ch. 29, art. 2] (soit les personnes nées après 1947). Les enfants nés avant 1947 et qui sont dans une situation semblable ne se voient pas accorder le droit à la citoyenneté.

[9] L'arrêt *Benner*, dont il est question dans la décision de l'agent de la citoyenneté, portait sur une personne née après 1947 et qui pouvait donc se prévaloir de l'alinéa 5(2)(b). Toutefois, à l'époque en cause, les enfants nés d'une mère canadienne (par rapport à ceux nés d'un père canadien) devaient satisfaire à une exigence additionnelle, en ce qu'il leur fallait se soumettre à une enquête de sécurité ainsi que prêter serment d'allégeance. La Cour suprême du Canada a conclu que ces exigences (qui n'existent plus dans la Loi actuelle) enfreignaient le paragraphe 15(1) de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], en ce qu'elles imposaient des conditions plus exigeantes à ceux qui réclamaient la citoyenneté canadienne par filiation maternelle qu'à ceux qui se fondaient pour ce faire sur leur filiation paternelle.

[10] Je vais maintenant examiner la décision en litige. La demande de contrôle judiciaire a été rejetée pour quatre motifs:

1) La demande a été correctement traitée comme une demande de citoyenneté fondée sur l'alinéa 5(2)(b);

(2) The *Benner* decision does not support the appellant's assertion that he is entitled to Canadian citizenship;

(3) Section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not apply in the applicant's circumstances;

(4) In any event, granting the appellant Canadian citizenship on the ground that the differential distinctions preventing such a grant is contrary to section 15 of the Charter would involve a retroactive and retrospective application of the Charter.

[11] Counsel for the appellant argued before us that the Motions Judge erred when he held that his application was properly processed pursuant to paragraph 5(2)(b). She asserted that at the relevant time, the appellant was a Canadian citizen pursuant to paragraph 3(1)(d) of the Act and that his application ought to have been treated accordingly:

3. (1) Subject to this Act, a person is a citizen if

. . .

(d) the person was a citizen immediately before February 15, 1977. . . .

Relying on the *Benner* decision, counsel submits that the appellant was and continues to be a Canadian citizen pursuant to paragraph 3(1)(d) because, but for the discrimination based on his maternal lineage, he would have been a citizen prior to 1977 as this provision contemplates, by virtue of section 4 of the 1947 Act.

[12] Counsel adds that the Motions Judge committed a related error when he held that the *Benner* decision is limited to the constitutionality of paragraph 5(2)(b). According to the appellant, the *Benner* decision stands for the broader proposition that it is discriminatory to treat children born abroad as having different rights based on the gender of the parent on whom they base their claim to citizenship; the differential distinction which is relied upon to deny citizenship in this instance can no more withstand Charter scrutiny than paragraph 5(2)(b) as it read prior to the *Benner* decision.

2) L'arrêt *Benner* n'appuie pas l'affirmation de l'appellant qu'il aurait droit à la citoyenneté canadienne;

3) L'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'applique pas à la situation de l'appellant;

4) Quoi qu'il en soit, pour accorder la citoyenneté canadienne à l'appellant au motif que la distinction qui fonde le refus est contraire à l'article 15 de la Charte, il faudrait donner un caractère rétroactif ou rétrospectif à l'application de la Charte.

[11] L'avocate de l'appellant a soutenu devant nous que le juge des requêtes avait commis une erreur en concluant que la demande avait été correctement traitée comme une demande fondée sur l'alinéa 5(2)(b). Elle a affirmé qu'à l'époque pertinente, l'appellant était un citoyen canadien en vertu de l'alinéa 3(1)(d) de la Loi et que sa demande aurait dû être traitée en conséquence:

3. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, a qualité de citoyen toute personne:

[. . .]

d) ayant cette qualité au 14 février 1977;

L'avocate s'appuie sur l'arrêt *Benner* pour soutenir que l'appellant était et est encore un citoyen canadien en vertu de l'alinéa 3(1)(d), parce que, n'eût été la distinction fondée sur sa filiation maternelle, il aurait été un citoyen avant 1977 au sens de cette disposition, en vertu de l'article 4 de la Loi de 1947.

[12] L'avocate ajoute que le juge des requêtes a commis une erreur connexe lorsqu'il a conclu que l'arrêt *Benner* ne traitait que de la constitutionnalité de l'alinéa 5(2)(b). Selon l'appellant, l'arrêt *Benner* appuie le point de vue plus large voulant qu'il est discriminatoire de traiter les enfants nés à l'étranger comme si leurs droits variaient selon qu'ils fondent leur revendication de la citoyenneté sur leur père ou sur leur mère. La distinction sur laquelle on s'appuie pour refuser la citoyenneté en l'instance ne peut pas plus résister à un examen en vertu de la Charte que l'alinéa 5(2)(b) tel qu'il était rédigé avant l'arrêt *Benner*.

[13] Finally, the appellant submits that the Motions Judge erred when he held that applying subsection 15(1) of the Charter in this instance would result in a retroactive or retrospective application of the Charter. Specifically, counsel argued that it was not open to the Motions Judge to find on the evidence before him that the applicant was “confronted” by his citizenship status and “engaged” the provisions of the *Citizenship Act* before section 15 of the Charter came into force.

Decision

[14] I am prepared to decide this appeal on the basis that the reasoning in *Benner* applies to persons born in wedlock outside Canada to Canadian-born mothers prior to January 1, 1947. However, in order to succeed, it was incumbent upon the appellant to convince the Court that his invocation of the Charter, if otherwise justified, would not give rise to its retroactive or retrospective application. That, he has failed to do.

[15] The circumstances which give rise to a retroactive or retrospective application of the Charter were canvassed at length in *Benner*. The question was said to be (at paragraph 45):

... one of characterization: is the situation really one of going back to redress an old event which took place before the *Charter* created the right sought to be vindicated, or is it simply one of assessing the contemporary application of a law which happened to be passed before the *Charter* came into effect?

[16] In *Benner*, it was argued that the key point in the chronology of events which led to the Charter claim was the appellant’s birth in 1962. That is when the rights granted under the *Citizenship Act* would have “crystallized”. The argument was quickly rejected (at paragraph 51):

I am uncomfortable with the idea of rights or entitlements crystallizing at birth, particularly in the context of s. 15. This suggests that whenever a person born before April 17, 1985, suffers the discriminatory effects of a piece of legislation, these effects may be immunized from *Charter* review. Our skin colour is determined at birth — rights or entitlements assigned on the basis of skin colour by a

[13] Finalement, l’appelant soutient que le juge des requêtes a commis une erreur en concluant que le fait de se fonder en l’instance sur le paragraphe 15(1) de la Charte aurait pour effet de donner un caractère rétroactif ou rétrospectif à la Charte. L’avocate a soutenu plus particulièrement que le juge des requêtes ne pouvait conclure au vu de la preuve qui lui était présentée que l’appelant «connaissait bien» sa situation au niveau de la citoyenneté et qu’il avait «invoqué» les dispositions de la *Loi sur la citoyenneté* avant que l’article 15 de la Charte n’entre en vigueur.

Décision

[14] Je suis disposé à trancher le présent appel en appliquant le raisonnement de l’arrêt *Benner* aux personnes nées hors Canada avant le 1^{er} janvier 1947 des liens du mariage, et dont la mère était née au Canada. Toutefois, pour que l’appelant ait gain de cause il devait convaincre la Cour que son recours à la Charte, à supposer qu’il soit justifié par ailleurs, ne lui donnait pas un caractère rétroactif ou rétrospectif. Il n’y est pas arrivé.

[15] La situation donnant un caractère rétroactif ou rétrospectif à la Charte a été examinée en profondeur dans l’arrêt *Benner*. La question à trancher (au paragraphe 45):

[...] consiste donc à caractériser la situation: s’agit-il réellement de revenir en arrière pour corriger un événement passé, survenu avant que la *Charte* crée le droit revendiqué, ou s’agit-il simplement d’apprécier l’application contemporaine d’un texte de loi qui a été édicté avant l’entrée en vigueur de la *Charte*?

[16] Dans l’arrêt *Benner*, on a soutenu que le moment clé de la chronologie des événements menant à la revendication fondée sur la Charte était la naissance de l’appelant, en 1962. C’est à ce moment-là que les droits reconnus par la *Loi sur la citoyenneté* se seraient «cristallisés». Cet argument a été rejeté d’emblée (au paragraphe 51):

L’idée que des droits se cristallisent au moment de la naissance me crée certaines difficultés, particulièrement dans le contexte de l’art. 15. Cette situation suggérerait que chaque fois qu’une personne née avant le 17 avril 1985 subirait les effets discriminatoires d’une mesure législative, ces effets seraient à l’abri des contestations fondées sur la *Charte*. Comme la couleur de notre peau est déterminée à

particular law would, by this logic, “crystallize” then. Under the approach proposed by the respondent, individuals born before s. 15 came into effect would therefore be unable to invoke the *Charter* to challenge even a recent application of such a law. In fact, Parliament or a legislature could insulate discriminatory laws from review by providing that they applied only to persons born before 1985.

[17] Iacobucci J., speaking for a unanimous Court, went on to devise the proper approach (at paragraph 55):

In my opinion, the appellant’s situation is more analogous to that of the plaintiff in *Andrews, supra*. Mr. Andrews applied to practise law in British Columbia. Section 42 of the *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26, required him to be a Canadian citizen, which he had never been. In holding that this provision violated s. 15(1) of the *Charter*, this Court did not focus on the date on which Mr. Andrews became an alien (the date of his birth), but rather on the date on which he was confronted by a law which took his lack of Canadian citizenship into account. I believe the same approach is appropriate here . . . [My emphasis.]

[18] He added at paragraph 56:

In applying s. 15 to questions of status, or what Driedger, *supra*, calls “being something”, the important point is not the moment at which the individual acquires the status in question, it is the moment at which that status is held against him or disentitles him to a benefit. Here, that moment was when the respondent Registrar considered and rejected the appellant’s application. Since this occurred well after s. 15 came into effect, subjecting the appellant’s treatment by the respondent to Charter scrutiny involves neither retroactive nor retrospective application of the Charter. [My emphasis.]

[19] In the present case, the Motions Judge found as a fact that the appellant was confronted by and had engaged the provisions of the Act on numerous occasions long before the Charter came into force. The record before him established that the appellant was first deported for narcotics convictions on March 7, 1972. He was subsequently deported 12 times for narcotics convictions and *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] matters. Each time the appellant was to be deported he was brought for inquiry under the

notre naissance, suivant cette logique, des droits attribués en fonction de la couleur de la peau par une loi particulière «se cristalliseraient» donc à ce moment. Selon la thèse avancée par l’intimé, les personnes nées avant l’entrée en vigueur de l’art. 15 seraient donc dans l’impossibilité d’invoquer la *Charte* pour contester l’application, même récente, d’une telle mesure législative. En fait, le Parlement du Canada ou une législature pourraient soustraire des lois discriminatoires à tout examen en disposant qu’elles s’appliquent uniquement aux personnes nées avant 1985.

[17] Parlant pour toute la Cour, le juge Iacobucci a présenté l’approche qu’il fallait adopter (au paragraphe 55):

Je suis d’avis que la situation de l’appellant s’apparente davantage à celle du demandeur dans l’affaire *Andrews, précitée*. Monsieur Andrews a demandé à être admis à l’exercice du droit en Colombie-Britannique. L’article 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 26, exigeait qu’il soit citoyen canadien, ce qu’il n’avait jamais été. En statuant que cette disposition violait le par. 15(1) de la *Charte*, notre Cour ne s’est pas attachée à la date à laquelle M. Andrews est devenu un étranger (la date de sa naissance), mais plutôt à la date à laquelle il s’est heurté à un texte de loi qui tenait compte du fait qu’il n’était pas citoyen canadien. J’estime qu’il convient d’appliquer la même analyse en l’espèce [. . .] [Non souligné dans l’original.]

[18] Il ajoute ceci, au paragraphe 56:

Lorsqu’on applique l’art. 15 à des questions de statut, ou à ce que Driedger, précité, appelle «le fait d’être quelque chose», l’élément important n’est pas le moment où la personne acquiert le statut en cause, mais celui auquel ce statut lui est reproché ou la prive du droit d’obtenir un avantage. En l’espèce, ce moment est celui où le greffier intimé a examiné et rejeté la demande de l’appellant. Étant donné que cela s’est produit bien après l’entrée en vigueur de l’art. 15, l’examen en regard de la *Charte* du traitement réservé à l’appellant par l’intimé ne met pas en jeu l’application rétroactive ou rétrospective de ce texte. [Non souligné dans l’original.]

[19] En l’instance, le juge des requêtes est arrivé à la conclusion de fait que l’appellant connaissait bien les dispositions de la Loi et qu’il les avait maintes fois invoquées bien avant que la Charte n’entre en vigueur. Le dossier qui lui était présenté démontrait que l’appellant a été expulsé pour la première fois le 7 mars 1972, suite à sa condamnation pour trafic de stupéfiants. Il a été expulsé à 12 occasions par la suite, soit pour des condamnations pour trafic de stupéfiants, soit en vertu de dispositions de la *Loi sur*

Immigration Act. At each of these inquiries the appellant asserted that he was a Canadian citizen and had acquired Canadian citizenship from his mother who was Canadian at the time of his birth. Each time the appellant made these assertions he was advised that he was not a citizen and that he could not have acquired that citizenship from his mother. (Appeal Book, tab 6, pages 73, 82, 85, 103, 110, 119, 140, 145, 149, 154 and 162.)

[20] The Motions Judge noted in his reasons that at these inquiries, where a person claims to be a Canadian citizen, the inquiry must be adjourned if it is determined that, but for the person's claim of citizenship, a removal order would be made. The adjournment is for the purpose of allowing the person to apply for the issuance of a certificate of citizenship pursuant to subsection 12(1) of the Act. In this case, no such application was made during the adjournments, and the adjudicator at each stage upon reviewing the evidence relevant to the appellant's claim of citizenship concluded that it had not been made out.

[21] Counsel nevertheless argued that there was no evidence that the appellant engaged the provisions of the *Citizenship Act per se* because he had never formally applied to be granted Canadian citizenship or to be recognized as a Canadian citizen.

[22] This distinction is in my view immaterial. One's citizenship (or lack thereof) has implications not only under the *Citizenship Act* but also under a variety of other statutes which incorporate this notion. Hence, the defining moment based on the test adopted by the Supreme Court in *Benner*, was not the date on which Mr. Benner made an application under the *Citizenship Act*, but the date on which he was first "confronted by a law which took his lack of Canadian citizenship into account."

[23] In *Benner*, that moment happened to be when Mr. Benner applied for citizenship and was refused. In

l'immigration [L.R.C. (1985), ch. I-2]. Avant chacune de ces expulsions, l'appelant a fait l'objet d'une enquête en vertu de la *Loi sur l'immigration*. Il a chaque fois affirmé qu'il était citoyen canadien, et qu'il détenait la citoyenneté canadienne de sa mère qui était canadienne au moment de sa naissance. Chaque fois qu'il a présenté ces affirmations on l'a informé qu'il n'était pas un citoyen et qu'il ne pouvait avoir acquis la citoyenneté de sa mère. (Dossier d'appel, onglet 6, pages 73, 82, 85, 103, 110, 119, 140, 145, 149, 154 et 162.)

[20] Le juge des requêtes a fait remarquer dans ses motifs que lors de ces enquêtes, lorsque la personne prétend être citoyen canadien, l'enquête doit être ajournée s'il est déterminé que, si ce n'était la revendication de citoyenneté de cette personne, une mesure de renvoi serait prise. L'ajournement a pour but de permettre à la personne visée de présenter une demande de certificat de citoyenneté aux termes du paragraphe 12(1) de la Loi. En l'instance, on n'a pas présenté de demande de cette nature à l'occasion des ajournements et l'arbitre, après avoir examiné la preuve pertinente quant à la revendication de citoyenneté de l'appelant, a conclu à chacune de ces occasions qu'il n'avait pas établi son droit à la citoyenneté.

[21] Néanmoins, l'avocate a soutenu que rien dans la preuve ne démontrait que l'appelant avait invoqué les dispositions de la *Loi sur la citoyenneté* en tant que telles, puisqu'il n'avait jamais fait une demande formelle de citoyenneté canadienne ou de reconnaissance de sa citoyenneté canadienne.

[22] Selon moi, cette distinction importe peu. Le statut de citoyen d'une personne (ou l'absence de ce statut) a des conséquences non seulement en vertu de la *Loi sur la citoyenneté*, mais aussi en vertu d'autres lois qui font appel à cette notion. Par conséquent, le moment qui importe au vu du critère adopté par la Cour suprême dans l'arrêt *Benner* n'est pas la date à laquelle M. Benner avait fait une demande en vertu de la *Loi sur la citoyenneté*, mais bien la date à laquelle il s'est pour la première fois «heurté à un texte de loi qui tenait compte du fait qu'il n'était pas citoyen canadien».

[23] Dans l'arrêt *Benner*, ce moment est arrivé lorsque M. Benner a demandé la citoyenneté et où on

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143, it was when Mr. Andrews sought admission to the British Columbia Bar and was refused. In this instance, it was when the appellant resisted being deported on the ground that he was a Canadian citizen and it was held that he was not. The moment in question in each case is when the status of those concerned was held against them so as to disentitle them to a benefit.

[24] Applying the test framed by the Supreme Court in *Benner* to the facts in issue leads to the clear conclusion that the appellant was confronted by and engaged the provisions of the Act well before the Charter came into force. In my view, the Motions Judge committed no error when he held that the appellant was seeking to apply the Charter retroactively.

[25] For these reasons, I would dismiss the appeal. As no costs were sought, none are awarded.

EVANS J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

la lui a refusée. Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, ce moment se situe au moment où M. Andrews a demandé à être admis au barreau de la Colombie-Britannique et s'est vu opposer un refus. En l'instance, ce moment se situe à la date à laquelle l'appellant s'est opposé à son expulsion au motif qu'il était un citoyen canadien et qu'on a décidé que ce n'était pas le cas. Dans chacun de ces cas, le moment en cause est celui où le statut de la personne en question lui a été reproché et l'a privée du droit d'obtenir un avantage.

[24] L'application du critère énoncé par la Cour suprême dans l'arrêt *Benner* aux faits en l'instance mène tout droit à la conclusion que l'appellant connaissait bien les dispositions de la Loi et qu'il les avait maintes fois invoquées avant que la Charte n'entre en vigueur. Selon moi, le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a conclu que l'appellant recherchait une application rétroactive de la Charte.

[25] Pour ces motifs, je rejeterais l'appel. Les parties ne les ayant pas réclamés, aucuns dépens ne seront adjugés.

LE JUGE EVANS, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE SHARLOW, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.