

Foreword by Rosalie Abella

This new journal is a timely and, I predict, an indispensable contribution to our appreciation of human rights and their centrality in thriving democracies. Timely because of how sophisticated our approach to human rights has increasingly become, and central because rights are at the heart of justice.

Human rights law is the law that addresses issues of discrimination. It deals with grievances flowing from group identity. More particularly, it deals with the disadvantaging practices flowing from arbitrary and stereotyped attributions about a group's identity.

Human rights addresses the rights of individuals who are members of historically disadvantaged groups to have those differences recognized and reasonably accommodated, not used as arbitrary barriers to social, political or economic access. Unlike civil liberties, which is the frame for analyzing the individual's relationship with the state, human rights is the frame for analyzing a group's relationship with both the mainstream and the state. Not all individuals in the group may feel disadvantaged, but for those who do, human rights offers a remedy for denials of access arbitrarily caused by their group's identity and differences, the essence of discrimination.

The law of discrimination in Canada developed along two seemingly parallel tracks. One was the law developed by provincial human rights commissions in the 10 provinces. The approach from these bodies, and later from their federal counterpart, the Canadian Human Rights Commission, was expansive and innovative in protecting human rights.

The second - and older - track, was the law of discrimination developed by Canadian judges. This track, with rare exceptions, tended to submerge the development of human rights under what were seen to be the overriding demands of commerce or the constitutional division of powers. Even when the courts came to what we would today consider to be a 'just' result, as the Supreme Court of Canada did in *Noble and Wolfe v. Alley* invalidating a restrictive covenant prohibiting the sale of land to persons who were Jewish or black, the Court avoided taking direct aim at the discriminatory context of the covenant. Rather than basing its conclusion on the grounds that such discriminatory practices violated public policy, as an Ontario judge had done

in the singular 1945 decision *Re: Drummond Wren*, the Court structured its analysis around the law of contract and land use.

Until three decades ago, in fact, the human rights journey taken by the Canadian courts had almost consistently been a discouraging one, permitting a province to prevent a “Chinaman” from working in a mine; upholding a provincial law preventing Asian persons from voting; refusing to invalidate a provincial law precluding a “Chinaman” from hiring white women or girls; upholding a tavern’s right to refuse to serve a black customer; and, famously, concluding that women were ineligible to be appointed to the Senate because the word “Persons” in the relevant section of the British North America Act did not include “female persons”. This last decision, overturned by the Judicial Committee of the Privy Council, produced a directive from Lord Sankey that constitutional interpretation be untethered from an originalist construction and approached instead as “a living tree capable of growth and expansion”, an exhortation that was to inform and infuse the Supreme Court’s approach to human rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* 50 years later.

A seismic shift in the Supreme Court’s approach to discrimination seemed to come in 1959 with *Roncarelli v. Duplessis*. Although the conceptual divining rod of this case is seen to be, justifiably, administrative law, it is no less significant for its human rights implications. It was the apotheosis of a number of legal challenges to Quebec’s attempts to dissolve any rights for Jehovahs Witnesses, including the right to practice their religion or carry on business. These attempts were definitively cauterized by the Supreme Court’s conclusion in *Roncarelli* that such arbitrariness was outside the sphere of legitimate government authority.

The promise of this judgment for muscular rights protection, however, appeared to atrophy somewhat during the next decade, when the Court was presented with the opportunity of developing human rights under a new 1960 *Canadian Bill of Rights*. This federal statute gave the Court its first opportunity to consider a statutory provision explicitly granting Canadians equality and protecting them from discrimination.

The beginning was auspicious. A provision of the *Indian Act* making it an offence for an aboriginal person to be intoxicated off a reserve, was declared to be inoperative because its punitive reach did not extend to persons who were not aboriginal. It proved to be a short-lived trend. In subsequent cases, the anti-discrimination/equality provision was interpreted under what was known as “the similarly situated” test. It was a Diceyan, Aristotelian approach, consistent with a classic, civil libertarian approach to equality: as long as likes were treated alike, there was no equality violation. This was the

approach to equality that had been historically applied in the United States in deciding cases under the 14th Amendment.

Its Canadian application, in one of the most highly publicized cases of the time, resulted in the Supreme Court upholding a provision of the *Indian Act* that disqualified aboriginal women from retaining their aboriginal status if they married a non-aboriginal male. There was no corresponding disqualification for aboriginal men who married non-aboriginal women. However, since all aboriginal women were treated the same, the Court found no discrimination and no violation of the equality provision. Similarly, a provision denying unemployment benefits to a pregnant woman was found not to discriminate because the basis of the legislative provision was found to be pregnancy, not sex, and all pregnant women were treated alike.

By the mid-1970's, the quasi-judicial human rights commissions across Canada were the main bodies who oxygenated the right to be free from discrimination. Most human rights Codes in Canada during the 1970's and 1980's had anti-discrimination provisions.

The cases adjudicated under these human rights provisions eschewed the 'sameness' or "similarly situated" approach adopted by the Supreme Court in its Bill of Rights jurisprudence. The "similarly situated" analysis was rejected by the human rights tribunals as a circular and unhelpful analytic tool in the anti-discrimination, or human rights context. Since it was axiomatic that each disadvantaged member of a disadvantaged group tended to be similarly disadvantaged, disadvantaging distinctions based on race, gender or colour could almost always be justified, as they had been in the *Bliss, Lavell*, or the notorious 1896 *Plessy v. Ferguson* case in the United States.

Instead, the Commissions defined discrimination as a violation of fairness, that is, any exclusionary distinction imposed on individuals based on stereotypical and arbitrary views about their race, religion, colour, citizenship, or sex, among others. Not every distinction was discriminatory, only those which arbitrarily disadvantaged members of these groups. An arbitrary disadvantage was one which directly or indirectly, excluded members of a group for reasons not reasonably related to the exclusion.

It was an implicit acknowledgment that human rights was a different concept calling for a different approach from civil liberties. Civil liberties is the political philosophy that animated the principle of equality under the Declaration of Independence and the American Bill of Rights, whereby every individual had the same (theoretical) rights to life, liberty and the pursuit of happiness, which amounted to the right to be similarly treated by the state and similarly free from its intensiveness. "Sameness" made sense in the civil libertarian context, whereby each individual is entitled to equal, or similar, treatment in its relations with the state, regardless of race or sex or religion.

On the other hand, as the tribunal jurisprudence reflected, treating everyone the same, can sometimes mean perpetuating discrimination, the remediation of which may require that disadvantaged persons or groups be treated differently in order to eliminate their arbitrary barriers to equality. Persons in a wheelchair, for example, will require a ramp, the absence of which uniquely denies them the ability to gain access. And this is so regardless of whether the absence of the ramp is a deliberate omission.

This led to an appreciation on the part of the Court and Commissions that it is the impact, as well as the intention of behaviour or practices that is relevant, and that discrimination can be systemic. Developed by the U.S. Supreme Court in the 1971 *Griggs v. Duke Power* case under Title VII of the 1964 Civil Rights Act, systemic discrimination was defined as the adverse impact of practices, regardless of motive. Systemic discrimination called for systemic remedies.

Everything changed with the *Charter*. All through the 1980's, the Court had signaled its analytic transformation in several significant human rights cases, overtaking the more cautious approach of Canadian appellate courts and favouring instead the more nuanced and embracing sensibilities formerly expounded by human rights commissions. In cases like *Big M Drug Mart*, *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, *Alberta Dairy Pool*, *Janzen*, *Action Travail*, *Simpson-Sears v. O'Malley*, the Supreme Court rigorously and vigorously assumed a leadership role for the courts in preventing and remedying discrimination. Abandoning the Diceyan formalism and civil libertarian 'sameness' model that had animated the Supreme Court's equality assessments under the Bill of Rights, the Court chose instead to interpret equality as an anti-discrimination, human rights tool.

The Canadian approach to human rights and discrimination developed largely by human rights commissions was based on accommodating differences, it focused on integration rather than on the American melting pot model of assimilation, which absorbed rather than encouraged different identities. It also became the philosophical crucible for interpreting s.15 of the Charter of Rights and Freedoms. In its first equality decision, *Andrews v. Law Society of British Columbia* the Court declared that the right to equality, guaranteed in s. 15, was the equal right of all individuals to be free from discrimination based not only on the grounds set out in the section but also on those analogously related. To be entitled to the constitutional guarantee of equality was to be entitled to protection from discrimination based on group identity.

It was the triumph of the human rights model, leaving intact the civil libertarian approach for other sections of the Charter dealing with legal and democratic rights. The Charter itself is a sophisticated hybrid of rights protections and remedies: those guaranteeing human rights (equality in s. 15,

multiculturalism in s. 27; sex in s. 28) and those guaranteeing civil liberties ones (such as the right to counsel in s.10(b); right to vote in s.3; the right to be free from unreasonable search and seizure in s. 8; and the right to life, liberty and security of the person in s.7). It is in its appreciation that those rights protecting individuals from discrimination require a fundamentally different tool-box, that the Supreme Court has made its most historic human rights contribution. Asserting rights for unmarried couples, same-sex couples, aboriginal people, persons with disabilities, those seeking religious freedoms, and women, the Court interwove equality rights with a vibrant anti-discrimination texture. It is the same texture the Court applied in interpreting linguistic and expressive rights, giving judicial reification to Canada's multicultural and bilingual character.

The merging of human rights law with equality interpretation has helped ensure a Canadian legal culture that adapts to the evolutionary dynamic of human rights and its correspondingly complex remedial requirements. By synchronizing the approaches taken pursuant to human rights codes designed to combat discrimination, with the analogous constitutional protections found especially in the equality provision, the Supreme Court has acknowledged that discrimination is a discrete legal phenomenon calling for a unique legal response. It has also, in the process, helped ensure that while eliminating discrimination may not be an easily attainable goal, reducing discrimination by reducing inequality is an ongoing and achievable legal duty.

The Faculty of Law at the University of Manitoba, and the Canadian Museum for Human Rights deserve our thanks and support for this undertaking and for the intellectual assistance it will make available to all who care about justice.

Justice Rosalie Silberman Abella

Avant-propos de Rosalie Abella

La publication de cette nouvelle revue arrive à point nommé et je suis persuadée qu'elle apportera une contribution indispensable à notre compréhension de la question des droits de la personne et de leur importance primordiale dans les démocraties florissantes. Elle est à la fois opportune en raison du fait que notre approche à l'égard des droits de la personne est devenue de plus en plus sophistiquée, et incontournable parce que ces droits sont au cœur même de la justice.

Les droits de la personne sont un domaine de la loi qui traite des questions liées à la discrimination et qui se penche sur les revendications relatives à l'identité de groupe. En particulier, il traite des pratiques désavantageuses découlant de caractéristiques arbitraires et stéréotypées attribuées à un groupe.

Les droits de la personne touchent aux droits d'individus faisant partie de groupes historiquement désavantagés qui cherchent à faire en sorte que leurs différences soient reconnues et fassent l'objet d'accommodements raisonnables, et qu'elles ne deviennent pas des obstacles arbitraires à l'accès social, politique ou économique. Contrairement aux libertés civiles, qui constituent le cadre d'analyse de la relation de l'individu avec l'État, les droits de la personne encadrent, eux, la façon d'analyser la relation d'un groupe avec la société dominante ainsi qu'avec l'État. Ce ne sont pas tous les membres d'un groupe qui peuvent se sentir désavantagés, mais pour ceux qui le vivent ainsi, les droits de la personne offrent une réparation au refus arbitraire du droit à l'accès fondé sur l'identité et les caractéristiques particulières du groupe, l'essence même de la discrimination.

Le droit relatif à l'antidiscrimination au Canada a évolué selon deux voies en apparence parallèles. L'une d'elles est le droit élaboré par les commissions provinciales des droits de la personne dans les dix provinces. L'approche adoptée par ces entités, et plus tard par leur contrepartie fédérale, la Commission canadienne des droits de la personne, était étendue et innovatrice à l'égard de la protection des droits de la personne.

L'autre voie, la plus ancienne, était le droit relatif à l'antidiscrimination développé par les juges canadiens. À de rares exceptions, cette approche avait tendance à englober le développement des droits de la personne dans ce qui était perçu comme les impératifs des affaires ou de la division constitutionnelle

des pouvoirs. Même lorsque les tribunaux arrivaient à un résultat considéré comme étant « juste » aujourd'hui, comme la décision de la Cour suprême dans *Noble et Wolfe c. Alley* qui invalidait une clause restrictive empêchant la vente de biens-fonds aux personnes juives ou noires, la Cour évitait de s'attaquer directement au contexte discriminatoire de la clause en question. Au lieu de baser sa conclusion sur le fait que des pratiques discriminatoires du genre allaient à l'encontre de la politique publique, comme un juge de l'Ontario l'avait fait dans la décision singulière qu'il avait rendue dans l'arrêt *Drummond Wren* en 1945, la Cour fonda son analyse sur le droit des contrats et de l'utilisation des terres.

Jusqu'à il y a trois décennies, la démarche adoptée en matière des droits de la personne par les tribunaux au Canada était presque constamment décourageante, puisqu'elle permettait à une province d'empêcher un « Chinois » de travailler dans une mine; qu'elle confirmait une loi provinciale empêchant les personnes asiatiques de voter; qu'elle refusait d'invalidier une loi provinciale qui empêchait un « Chinois » d'embaucher des femmes ou des filles blanches; qu'elle confirmait le droit des propriétaires de tavernes de refuser de servir un client noir; et, de façon désormais célèbre, qu'elle concluait que les femmes n'étaient pas admissibles à une nomination au Sénat parce qu'elles n'étaient pas des « personnes » au sens de l'article pertinent de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Cette dernière décision, renversée par le Comité judiciaire du Conseil privé, est à la source d'une directive de Lord Sankey établissant que l'interprétation constitutionnelle ne devrait plus suivre une approche fondée sur « l'originalisme », mais qu'elle devrait plutôt être vue comme « un arbre vivant capable de grandir et de s'épanouir », une exhortation qui, 50 ans plus tard, allait guider et inspirer l'approche de la Cour suprême en matière de droits de la personne dans le cadre de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Un changement radical de l'approche de la Cour suprême à l'égard de la discrimination a semblé se produire en 1959 dans l'affaire *Roncarelli c. Duplessis*. Bien qu'elle fasse partie de façon conceptuelle du droit administratif, cette cause n'en est pas moins significative par ses implications en matière de droits de la personne. Elle représente le point culminant d'un certain nombre de causes dirigées contre les tentatives du gouvernement du Québec de porter atteinte aux droits des Témoins de Jéhovah, y compris pratiquer leur religion ou faire des affaires. Ces tentatives ont été réprimées par l'arrêt de la Cour suprême qui a statué qu'un tel arbitraire se situait à l'extérieur de la sphère d'autorité légitime du gouvernement.

La protection musclée des droits de la personne que laissait présager ce jugement a pourtant semblé s'atrophier au cours de la décennie suivante, lorsque la Cour s'est vu offrir l'occasion de développer les droits de la

personne dans le cadre de la *Déclaration canadienne des droits* adoptée en 1960. Cette loi fédérale a fourni à la Cour sa première occasion de tenir compte d'une disposition législative reconnaissant de façon explicite l'égalité de tous les Canadiens et les protégeant contre la discrimination.

Les débuts semblaient prometteurs. Une disposition de la *Loi sur les Indiens* faisant une infraction du fait pour une personne autochtone d'être en état d'ébriété à l'extérieur d'une réserve, fut déclarée inopérante parce que son effet punitif ne s'étendait pas aux non-Autochtones. Cette tendance fut de courte durée. Dans des causes subséquentes, les dispositions antidiscriminatoires ou relatives à l'égalité furent interprétées selon ce qui était connu comme étant le critère de la « situation analogue ». C'était une approche diceyenne, aristotélicienne, cohérente avec la façon dont une société fondée sur les libertés civiles concevrait l'égalité : tant que des personnes se trouvant dans une situation semblable sont traitées de façon semblable, il n'y a pas d'atteinte à l'égalité. C'était l'approche de l'égalité qui avait été appliquée historiquement aux États-Unis pour rendre des décisions en vertu du 14^e Amendement.

L'application de ce critère au Canada, dans l'une des causes les plus médiatisées de l'époque, a donné comme résultat que la Cour suprême a maintenu la validité d'une disposition de la *Loi sur les Indiens* qui dépouillait les femmes autochtones de leur statut autochtone lorsqu'elles épousaient un non-Autochtone, ce qui ne s'appliquait pas aux hommes qui épousaient une femme non autochtone. Toutefois, puisque toutes les femmes autochtones étaient traitées de la même façon, la Cour a conclu qu'il n'y avait ni discrimination ni infraction aux dispositions relatives à l'égalité. De façon semblable, une disposition visant à refuser des prestations d'assurance-emploi à une femme enceinte fut déclarée non discriminatoire puisque la raison d'être de la disposition législative était la grossesse, et non le sexe, et que toutes les femmes enceintes étaient traitées de la même façon.

Vers le milieu des années 1970, c'étaient les entités quasi-judiciaires que sont les commissions des droits de la personne à travers le Canada qui vitalisaient le droit à la non-discrimination. La plupart des codes des droits de la personne durant les années 1970 et 1980 contenaient des dispositions antidiscriminatoires.

Les affaires jugées selon ces dispositions évitaient le critère d'« identité de situation » ou de « situation analogue » adopté par la Cour suprême dans sa jurisprudence fondée sur la *Déclaration canadienne des droits*. Ce critère fut rejeté par les tribunaux des droits de la personne comme un outil analytique circulaire et inutile dans le contexte de l'antidiscrimination ou des droits de la personne. Puisqu'il était évident que chaque membre d'un groupe désavantagé avait tendance à être désavantagé de façon semblable, les distinctions désavantageuses fondées sur la race, le sexe ou la couleur

pouvaient presque toujours être justifiées, comme elles l'avaient été dans les affaires *Bliss* et *Lavell*, ou dans la célèbre cause de 1896, *Plessy v. Ferguson*, aux États-Unis.

Au lieu de cela, les commissions ont défini la discrimination comme une violation de l'équité, c'est-à-dire toute distinction ayant un effet d'exclusion imposée à des individus et fondée sur des attributs stéréotypés ou arbitraires notamment quant à leur race, leur religion, leur couleur, leur citoyenneté ou leur sexe. Toutes les distinctions n'étaient discriminatoires; seules l'étaient celles qui désavantageaient de façon arbitraire les membres de ces groupes. Un désavantage arbitraire excluait, de façon directe ou indirecte, des membres d'un groupe pour des motifs qui n'étaient pas raisonnablement reliés à l'exclusion.

On reconnaissait ainsi de façon implicite que les droits de la personne étaient un concept différent qui nécessitait une approche différente de celle des libertés civiles. Les libertés civiles étaient au cœur de la philosophie politique qui animait le principe d'égalité dans la Déclaration d'indépendance et la Déclaration des droits des États-Unis, selon lesquelles chaque individu avait (théoriquement) les mêmes droits à la vie, à la liberté et à la poursuite du bonheur, ce qui équivalait au droit d'être traité de façon semblable par l'État et d'être également libre de son intensité. La « similitude » avait un sens dans un contexte de libertés civiles, où chaque individu a droit à un traitement égal ou semblable dans ses rapports avec l'État, peu importe sa race, son sexe ou sa religion.

Par ailleurs, comme la jurisprudence des commissions le démontre, traiter chaque personne de la même façon peut parfois perpétuer la discrimination, et sa réparation peut vouloir dire de traiter des personnes ou des groupes désavantagés de façon différente pour éliminer les obstacles arbitraires à l'égalité. Par exemple, les personnes en fauteuil roulant ont besoin d'une rampe d'accès, dont l'absence les empêche d'avoir accès à un lieu, et ce, que cette absence soit délibérée ou non.

Cela mena la Cour et les commissions des droits de la personne à comprendre que c'est l'effet, ainsi que l'intention d'un comportement ou d'une pratique dont il faut tenir compte et que la discrimination peut être systémique. Élaborée par la Cour suprême des États-Unis en 1971 dans *Griggs v. Duke Power*, conformément au Titre VII de l'Acte des droits civils de 1964, la notion de discrimination systémique fut définie comme étant l'effet adverse de pratiques, sans égard au motif. La discrimination systémique nécessite des solutions systémiques.

Tout a changé avec l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pendant les années 1980, la Cour signale la transformation de son cadre d'analyse dans plusieurs affaires importantes liées aux droits de la personne

en délaissant l'approche plus prudente des cours d'appel canadiennes et en favorisant plutôt les sensibilités plus nuancées et plus englobantes dont avaient fait preuve les commissions jusqu'alors. Dans des causes telles que *Big M Drug Mart*, *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, *Alberta Dairy Pool*, *Janzen*, *Action travail*, *Simpson-Sears c. O'Malley*, la Cour suprême assumait de façon rigoureuse et vigoureuse un rôle de leadership pour les tribunaux en matière de prévention et de réparation de la discrimination. Abandonnant le formalisme *diceyen* et le modèle de « similitude » propre à l'approche des libertés civiles qui avaient animé ses évaluations en matière d'égalité en vertu de la *Déclaration canadienne des droits*, la Cour suprême choisit plutôt d'interpréter l'égalité comme un outil d'antidiscrimination et de droits de la personne.

L'approche canadienne en matière de droits de la personne et de discrimination développée largement en grande partie par les commissions des droits de la personne se fondait sur l'accommodement des différences, mettant l'accent sur l'intégration plutôt que sur le modèle américain du *melting pot* assimilateur qui aplanissait les identités différentes au lieu d'en encourager l'expression. Elle est aussi devenue la philosophie d'interprétation de l'article 15 de la *Charte des droits et libertés*. Dans sa première décision portant sur le droit à l'égalité, *Andrews c. Law Society of British Columbia*, la Cour statua que le droit à l'égalité garanti par l'article 15 était le droit égal de chaque individu de ne pas subir de discrimination fondée non seulement sur les motifs énumérés dans l'article, mais aussi sur ceux qui leur sont analogues. Avoir accès à cette garantie constitutionnelle d'égalité voulait dire avoir accès à une protection contre la discrimination fondée sur l'identité de groupe.

C'était le triomphe du modèle des droits de la personne, qui laissait intacte l'approche fondée sur les libertés civiles pour d'autres articles de la *Charte* traitant des droits démocratiques et des garanties juridiques. La *Charte* elle-même est un amalgame complexe de protections et de recours : ceux qui garantissent les droits de la personne (égalité à l'art. 15, multiculturalisme à l'art. 27; sexes à l'art. 28); et celles garantissant les libertés civiles (comme le droit d'avoir recours à un avocat à l'art. 10(b); le droit de vote à l'art. 3; la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives à l'art. 8; et le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité à l'art. 7). C'est en reconnaissant que les droits protégeant les individus contre la discrimination nécessitent des outils fondamentalement différents que la Cour suprême a fait sa plus importante contribution aux droits de la personne de toute l'histoire. En affirmant les droits des couples non mariés, des couples du même sexe, des personnes autochtones, des personnes handicapées, de celles qui revendiquent des libertés religieuses et des femmes, la Cour a tissé étroitement les droits à l'égalité sur une solide trame d'antidiscrimination. C'est de cet agencement dont la Cour s'est servie pour interpréter les droits linguistiques et le droit à

la liberté d'expression, donnant une réification judiciaire au caractère bilingue et multiculturel du Canada.

L'amalgame des droits de la personne et de l'interprétation en matière d'égalité a donné lieu à une culture juridique canadienne qui s'adapte à l'évolution dynamique des droits de la personne et à ses solutions complexes correspondantes. En synchronisant les approches découlant de l'application des codes des droits de la personne et visant à combattre la discrimination avec les dispositions constitutionnelles analogues, surtout dans les dispositions relatives à l'égalité, la Cour suprême a reconnu que la discrimination est un phénomène juridique unique qui nécessite une réponse juridique originale. Ce faisant, elle a aussi contribué à faire en sorte que, même si l'élimination de la discrimination n'est pas un objectif facile à atteindre, réduire la discrimination en réduisant l'inégalité constitue une responsabilité juridique continue qu'il est possible d'atteindre.

La Faculté de droit de l'Université du Manitoba et le Musée canadien des droits de la personne méritent nos remerciements et notre soutien pour cet engagement et pour le soutien intellectuel qu'ils apporteront à tous ceux à qui importe la justice.

Rosalie Silberman Abella
Juge de la Cour suprême du Canada