

Canadian
Advisory Council
on the Status of Women



Conseil
consultatif canadien
sur la situation de la femme

WOMEN'S ISSUES
Equality

**HIGHLIGHTS FROM
CANADIAN CHARTER EQUALITY
RIGHTS FOR WOMEN:
One Step Forward or Two Steps Back?**

September 28, 1989

**CAW TCA
CANADA
LIBRARY**

HIGHLIGHTS FROM

CANADIAN CHARTER EQUALITY RIGHTS FOR WOMEN: One Step Forward or Two Steps Back?

INTRODUCTION

Women have invested hard work and important hopes in Canada's new Constitution and the guarantees of equality contained in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Now that the section 15 equality guarantees have been in effect since April 17, 1985, some basic questions have emerged.

- Are women using the *Charter*? If not, why not?
- How are the courts interpreting the equality guarantees?
- Are the guarantees helping women?
- What factors will determine whether women are helped by the *Charter* in the long run?

To answer these questions, lawyer Gwen Brodsky and human rights expert Shelagh Day, both based in Vancouver, British Columbia, undertook an analysis of all decisions handed down by courts at all levels during the first three years that section 15 of the *Charter* was in effect. The result of their research, **Canadian Charter Equality Rights for Women: One Step Forward or Two Steps Back?**, is the first comprehensive report on Charter equality rights and the first assessment of the approaches which governments, courts, and the legal profession have taken to the subject.

In order to be as comprehensive as possible in the search for section 15 cases, the authors used a number of computer search services (i.e. QUICK LAW, CAN-LAW, and SOQUIJE). This process resulted in identifying 591 decisions, of which approximately two-thirds were reported decisions and one-third were in summary form. Information concerning all 591 decisions was consolidated in a computerized equality rights database created by the authors, making it possible for them to identify patterns in the cases and to provide statistics about who is using the equality guarantees, and to what ends. By focussing particularly on the cases in which sex equality arguments were made, while considering all the decisions handed down, the study sets women's sex equality litigation in its full context.

The research for this study was completed before February 2, 1989, when the Supreme Court of Canada handed down its first interpretation of the equality guarantees of the *Charter* in the case of *Andrews v. the Law Society of British Columbia*. Because of the importance of that decision to women and disadvantaged groups, the authors have included a brief note at the end of the study to comment on the decision's content and its importance for future equality rights litigation in Canada.

THE FINDINGS OF THE STUDY

The findings from the study are disturbing. The 591 decisions examined by the authors show that most cases were not brought by persons or organizations whose main interest was the promotion of equality for women or any disadvantaged group, and were not about sex, race, disability, or age. Instead, cases have been about drunk driving, the manufacture of pop cans and airline landing fees. Most of the equality arguments do not concern inequality or disadvantage as women understand it, but rather alleged differences in treatment, such as that between farmers who have milk quotas and farmers who do not.

Only 52 of the 591 decisions are concerned with sex discrimination. When appeals and other additional proceedings related to any one case are discounted, this figure is reduced to 44. This means that, in less than 10 per cent of equality rights decisions, a challenge has been made on the basis that a rule or practice infringes the sex equality guarantee of section 15 of the *Charter*. As the authors state, this percentage is small, considering the interest women have shown in *Charter* litigation, the range of inequalities they experience, and the fact that women make up the majority of Canada's population.

The figures are even more startling, the authors show, when these 44 sex equality cases are analyzed. Only 9 sex equality challenges were made by or on behalf of women. The other 35 challenges were made by or on behalf of men. This means that the majority of the sex equality cases decided during this period have dealt with men's interests rather than women's. Most of the men's cases are attacks on protections and benefits which women have fought hard to obtain, such as maternity leave and social assistance benefits for single mothers. If men's "fetal rights" challenges to women's reproductive autonomy and men's challenges to sexual assault legislation (which are based not on sex, but on age equality, freedom of expression, liberty, and fair trial rights) are added to the tally, the imbalance between men's challenges and women's challenges is even more pronounced.

Brodsky and Day assert that the courts are a very important forum for women in Canada now because of the *Charter's* new equality guarantees. The fact that women are seldom participants in the discourse in the courts at this crucial time in the development of equality rights jurisprudence is a particularly significant problem. As the courts develop interpretations of the *Charter's* equality guarantees, they need to hear women's voices and to have the benefit of accurate information about women's experiences.

Women's poor access to the courts affects interpretations of equality. Interpretations which are meaningful to women and can positively affect their lives are not advanced often. The study finds that most interpretations developed by Canada's courts during the first three years will do little to assist women, or any other disadvantaged group. Brodsky and Day argue that, if the *Charter's* guarantees are to be meaningful, governments must make funding for *Charter* litigation available to women and other disadvantaged groups; constitutional rights cannot be available only to those who can afford them.

In addition, the study points to other conclusions. Women must be actively concerned about the quality of judicial appointments, as well as about the education of lawyers and judges. In addition to ensuring access to the use of equality rights, governments, when they are in court, must argue in favour of women's interests, not against them. For their part, courts must be willing to listen, learn, and give the law its full effect.

CONTENT SUMMARY OF THE FULL REPORT

A summary of the full report follows. Highlights from four chapters, those dealing with the equality cases (Chapter 5), access to the courts (Chapter 6), substantive equality (Chapter 8), and the implications of the February 1989 Supreme Court decision (postscript) are presented in more detail.

Chapter One briefly describes women's condition — the inequalities that the *Charter* guarantees were designed to address. It also discusses women's reasons for engaging in an intensive lobby to improve the *Charter's* language in the early 1980s. It documents women's experience when they made equality claims under the *Canadian Bill of Rights* and describes the elements of the equality guarantees for which women fought as a result of that experience.

Chapter Two examines section 15, the main equality guarantee of the *Charter*. The language of the section and the concepts underlying it are considered as well as the historical, cultural, and legal context of the guarantee. The authors also propose interpretations that focus closely on the purpose of section 15.

Chapter Three describes the sex equality challenges to date, setting out their facts and outcomes. In addition, it describes equality arguments made on behalf of male litigants and by Attorneys General, as compared to those made on behalf of women litigants and by women intervenors.

Chapter Four reviews the equality theories being applied by the courts in the sex equality challenges, as well as how critical interpretive issues have been resolved: the meaning of sections 28 and 15(2), the relationship between sections 15 and 1, the *Charter's* scope, and the extent of the courts' remedial powers.

Chapter Five tells the story of who is using the *Charter* to do what. It discusses the whole body of equality cases, grouping the cases into subject matter categories, such as criminal cases, employment cases, and the cases dealing with civil procedures. Descriptions of the issues and outcomes in these cases are provided, and analytical trends are noted. This chapter also provides extensive statistical information: the number of decisions in each subject matter category, information concerning the grounds on which equality claims have been based, and the number of cases initiated by women and other disadvantaged groups. (Tables are provided at end of this summary.)

Only 189 of the 591 decisions decided to April 17, 1988 deal with grounds of disadvantage. When criminal matters in which section 15 was argued defensively are excluded, as well as decisions in which arguments concerning disadvantaged persons were made in their absence, or contrary to their interests, 91 decisions remain in which it can be said that disadvantaged persons initiated section 15 litigation. When decisions on interlocutory proceedings (applications for injunctions, applications to strike statements of claim, etc.) and appeals of the same case are removed, this number is reduced to 66 cases (see tables).

Of those 66 cases, only 17 were actually initiated by members of major disadvantaged groups — women, Aboriginal peoples, disabled persons, and members of national, ethnic, or racial minorities. Women initiated 7 sex equality cases during the three years since 1985 (2 other sex equality cases not initiated by women were argued on their behalf). Members of national or ethnic minorities initiated 4 cases; persons with mental disabilities initiated 4 cases; persons with physical disabilities, no cases; members of racial minorities, 1 case; and Aboriginal persons, 1 case. Nor can it be said that these 17 cases are major challenges to the systemic inequalities these groups experience; they are not. In fact, there is little that qualifies as effective strategic use of the *Charter* to advance equality.

The findings underscore the seriousness of the problem of access. Corporations, criminally accused persons, and Attorneys General have good access to the courts; women and other disadvantaged groups do not.

What is most distressing about the body of equality rights litigation to date is a characteristic less apparent in the numbers but much more apparent in the reading of the whole body of this law. This law is not about equality, as women and other disadvantaged groups know it and need it. There is no serious discourse in these decisions about inequality in Canada, its dimensions, its patterns, its cures. There is no developing discussion, no public conversation about the pervasive disadvantage of certain groups. Instead, most discussion turns on superficial comparisons — the mechanical, sterile comparisons that formal equality theory invites.

Chapter Six discusses the problem of access to the courts. In fact, two sets of problems are examined here: the legal questions of standing and intervenor status, which determine who is entitled to be a participant in a court case; and the practical issue of who can afford to use the courts. The trends in decisions regarding standing and intervenor status are described, and the implications for women are examined. Also, funding and resources available to support equality rights litigation are outlined and their adequacy assessed.

Questions of access are crucial because they determine who can make their voices heard in the courts and who can participate in shaping the interpretations of the new equality guarantees. Can women and other disadvantaged groups really use the equality rights guaranteed in the *Charter*, or do these rights, in practice, remain beyond their reach?

The figures cited above, documenting women's participation in equality rights litigation in the first three years, demonstrate dramatically the seriousness of the access problem. Women simply do not have the power and resources necessary to use the law that is there to protect and support them. Public funding is essential if women are to have any meaningful access to the exercise of their *Charter* rights. A constitutional guarantee of equality is a hollow promise if only the privileged can use it.

The federal government has taken one step to increase access for equality-seekers. In 1985, it established the Court Challenges Program, which is administered by the Canadian Council on Social Development. Litigants with equality cases challenging a federal law or program can apply to the Court Challenges Program for financial support. The program can supply up to \$35,000 per court level for lawyers' fees, case research, and disbursements.

Unfortunately, this public funding scheme has some severe shortcomings:

- The Court Challenges Program is a five-year program; its mandate runs out in March 1990. If the Program is not renewed, there will be virtually no access to the use of equality rights for women and other disadvantaged groups.

- Funding under the Court Challenges Program is available only for challenges to federal laws and policies. No money is available to support challenges to provincial laws or policies through this program, and no provincial governments have made similar funds available, with one limited exception (Ontario has given financial support to the Women's Legal Education and Action Fund). Health, education, the terms and conditions of employment, and social services are provincial matters because of the constitutional division of powers between the federal and provincial governments. These are crucial issues for women, but no funding is available to support challenges in these areas.

- Funding under the Program is also available only for lawyers' fees and case-related research. If the *Charter's* equality rights are to be used by disadvantaged groups in anything more than a purely haphazard fashion, money and other resources are required to allow the development of expertise and litigation capacity. As already stated, equality cases are, by their very nature, not individual in scope. Well-developed cases require knowledge of the patterns of inequality for the whole group, where a particular case fits into this pattern, and what arguments will best serve the equality interests of the group as a whole.

For groups that have experienced longstanding disadvantage and powerlessness, meaningful access to the use of the equality guarantees requires more than money for lawyers' fees. It requires money to develop awareness, information, and expertise in their communities and to arrange consultation between groups. Without this vital education, research, and consultation, there is likely to be little equality rights litigation that truly represents the interests of women and other disadvantaged groups. As long as governments do not recognize this, any funding schemes they design will continue to perpetuate the inequity between the advantaged and the disadvantaged in terms of their access to the courts.

Chapter Seven deals with the theory of formal equality and with the analytical tools being used by the courts in equality rights cases (e.g. "similarly situate" and "reasonableness" tests.) It is particularly concerned with the incapacity of these analytical tools to deal adequately with the equality claims of disadvantaged groups, such as women.

Chapter Eight expands the model of equality and the interpretive framework proposed in previous sections. The study concludes that a model of substantive equality is required if the *Charter* is to advance women's equality.

A model of substantive equality differs from a formal model of equality in important respects. Whereas a formal model of equality is concerned only with whether the law in its form treats individuals who are "similarly situated" similarly, a model of substantive equality is concerned with the effect of the law and with the actual conditions of inequality experienced by disadvantaged groups.

The problems posed by a formal model of equality are numerous, but there are two main ones. The first is that a formal model offers equality only to those who can show themselves to be similarly situated to members of a comparable group. If members of disadvantaged groups are required to show that they are similarly situated to members of non-disadvantaged groups in order to gain the benefit of section 15, they will fail often, precisely because of their disadvantaged condition.

The second major problem posed by a formal model of equality is that it mandates sameness in treatment on an individual basis without regard to the special needs of disadvantaged groups. Although regressive and not in the interest of women's equality, the elimination of maternity leave and other programs designed for the benefit of women can be the result of requiring that everyone be treated the same.

A court applying a model of substantive equality would:

- focus on the condition of inequality and not on sameness or difference of treatment;
- appreciate that the interests of true equality may require differences in treatment; and
- recognize that remedies are required which will provide effective redress for conditions of inequality.

To date, the study shows that the formal model of equality is the one being applied by the courts to the detriment of women and other disadvantaged groups. Brodsky and Day conclude that, unless the courts adopt a substantive definition of equality, entrenching women's equality rights in the Constitution may go down in history not as one step forward for women, but as two steps back.

A postscript is included. The Supreme Court of Canada's decision in *Mark Andrews* in February 1989 set a new and very different direction for the interpretation of equality rights from that set by the lower courts in the first three years of equality rights litigation. This decision offers clear encouragement to women and other disadvantaged groups by moving a step closer to a substantive view of equality. The authors briefly outline the structure of the decision and then analyze its strengths and weaknesses from the perspective of women and other disadvantaged groups who expect the *Charter* to assist in the advancement of their equality.

In *Andrews*, the Court introduced the concept of disadvantage and made human rights jurisprudence a source for interpretive direction. It clearly stated that section 15 is a broader protection than the *Canadian Bill of Rights* and that new interpretations of equality are required by it. The Court has opened the door for women and other disadvantaged groups to bring forward arguments based on a model of substantive equality.

The decision, however, only marks the beginning of constitutional equality rights litigation. It is certainly not true that, with this one decision, formal equality theory, the similarly situate test, and reasonableness tests have been swept away and a model of substantive equality set in their place. The *Mark Andrews* decision treats many central issues only cursorily. It is essential that women and other disadvantaged groups now redouble their efforts to put their views and experiences before the courts so that the *Mark Andrews* decision can be built upon, and a full and effective model of substantive equality can be developed from this rudimentary beginning.

The appendices to the study provide tables of equality decisions and sex equality decisions and notes concerning the database. A comprehensive bibliography of books and articles on equality issues, prepared by the Human Rights Research and Education Centre at the University of Ottawa, is included.

TABLE 1
NUMBER OF CHARTER SECTION 15 DECISIONS, BY SUBJECT¹

Subject Matter	Number of Decisions	
Criminal		172
Impaired driving	49	
Criminal procedure	39	
Sexual offences	29	
Attorney General's powers in criminal procedure	17	
Rape shield laws	7	
Defence of insanity	4	
Dangerous offender	3	
Highway traffic	8	
Sentencing/Prison release	16	
Economic regulation		62
Young Offenders Act		39
Employment		25
Regulation of professions		17
Collective bargaining		17
Civil procedure/right to sue		78
Costs	22	
Right to sue	16	
Limitation periods	14	
Other	26	
Family law		32
Social assistance/Income security		25
Democratic rights		16
Language rights in court		16
Education		8
Crown as employee/litigator/creditor		10
Immigration		9
Mandatory seatbelt laws		5
Legal rights		11
Landlord and tenant		5
Tax		9
Evidence		7
Insurance		3
Involuntary sterilization		3
Other		22
TOTAL²		591

¹ Equality decisions on-line from QUICK LAW, CAN-LAW and SOQUIJE (legal computer search services) during the period April 17, 1985 until January 1988 (decisions on-line in summary or judgement form), April 1988 (CAN-LAW), May 1988 (QUICK LAW).

² Numbers taken from Brodsky, Gwen and Shelagh Day, *Canadian Charter Equality Rights for Women: One Step Forward or Two Steps Back?* (Ottawa: Canadian Advisory Council on the Status of Women, 1989).

TABLE 2¹

**NUMBER OF CASES² IN WHICH A DISADVANTAGED PERSON OR GROUP
IS THE INITIATOR, BY GROUND**

Group	Number of cases
Aboriginal ancestry	1
Age-youth/elderly	15
Criminal record	1
Family status (person(s) with children)	2
Landed immigrant/refugee claimant	4
Marital status	2
Mental disability	4
Minority linguistic group	5
National or ethnic minority	4
Prisoner	5
Racial minority	1
Religious minority	6
Sexual orientation	1
Social status (poverty)	8
Women ³	7
TOTAL	66

¹ Table taken from Brodsky, Gwen and Shelagh Day, *Canadian Charter Equality Rights for Women: One Step Forward or Two Steps Back?* (Ottawa: Canadian Advisory Council on the Status of Women, 1989), p. 119.

² 'Case' refers to one legal challenge. No matter how many appeals or interlocutory proceedings are involved, the numerical value assigned is only one. Table 2 shows the number of cases.

'Decisions', as shown in Table 1, refers to each decision of a court. In Table 1, each decision on a trial, appeal, or interlocutory application is counted separately.

³ In this Table, women refers to women initiating sex equality challenges. Women may also be the initiators of cases alleging discrimination on the other grounds shown.

Court Challenges Program

March 1989

Whereas

- research on the early years of Charter equality litigation indicates that women and other disadvantaged groups have serious problems of access to the courts resulting from inadequate funding and resources as well as imbalance of power;
- this research indicates that the problem of access extends to both the initiation of Charter equality litigation and strategic interventions in Charter challenges which affect the interests of women and other disadvantaged groups;
- Charter equality litigation requires educating the courts as fully as possible about the scope and nature of each inequality issue; to be done well this work must be based on extensive research, knowledgeable counsel, access to experts and well-informed litigants;
- public funding is essential if women and other disadvantaged groups are to exercise their Charter equality rights;
- the Court Challenges Program, which was designed to assist in providing disadvantaged groups with funding for Charter equality litigation, is suffering from limitations, including: a program deadline of March 1990, a mandate to fund challenges to federal laws and policies only, and restrictive criteria for the funding of interventions and case development work;
- women and other disadvantaged groups must be provided with the resources which will permit them to develop the expertise and litigation capacity to identify, initiate and sustain Charter equality litigation;

the CACSW recommends

1. that the federal government provide new funding for groups which have experienced long-standing disadvantage for the development of awareness, information and expertise within their communities, and for consultation between groups in order to enable them to develop strategic equality rights litigation;
2. that the mandate of the Court Challenges Program be extended indefinitely, and an announcement to this effect be made immediately by the federal government;
3. that the federal government expand the mandate of the Court Challenges Program to fund Charter equality challenges to both federal and provincial laws and policies, and to remove the restrictive funding criteria for interventions and case development work.



FAITS SAILLANTS DE
LA CHARTE CANADIENNE
ET LES DROITS DES FEMMES
Progrès ou recul?

Le 28 septembre 1989

FAITS SAILLANTS DE

LA CHARTE CANADIENNE ET LES DROITS DES FEMMES

Progrès ou recul?

INTRODUCTION

Les femmes ont mis beaucoup d'efforts et d'espoirs dans la nouvelle Constitution canadienne et comptent beaucoup sur les garanties d'égalité de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Et puisque que les garanties à l'égalité en vertu de l'article 15 ont force de loi depuis le 17 avril 1985, le moment est venu de s'interroger sur certains points fondamentaux.

Les femmes se prévalent-elles de la *Charte*?

Sinon, pourquoi pas?

Comment les tribunaux interprètent-ils les garanties d'égalité?

Ces garanties aident-elles les femmes?

À long terme, la *Charte* est-elle utile aux femmes?

Afin de répondre à ces questions, Gwen Brodsky, avocate, et Shelagh Day, experte en droits de la personne, toutes deux de Vancouver en Colombie-Britannique ont analysé tous les jugements rendus par les tribunaux, à tous les paliers, au cours des trois premières années d'existence de l'article 15 de la *Charte*. Le fruit de leurs recherches *La Charte canadienne et les droits des femmes : progrès ou recul?* constitue le premier rapport exhaustif sur le sujet et la première évaluation de l'interprétation faite par les gouvernements, les tribunaux et les membres du barreau des droits à l'égalité de la *Charte*.

Afin de répertorier de façon exhaustive les arrêts relatifs à l'article 15, les auteures ont fait appel à trois services de recherche par ordinateur: Quick Law, Can-Law et Soquije. Elles ont identifié 591 décisions, dont les deux tiers environ sont publiées, les autres étant sous forme de sommaires. L'information relative aux décisions a été consignée dans une base de données informatique créée par les auteures: elles ont ainsi pu dégager les lignes de force et savoir qui se prévaut des garanties d'égalité, et dans quel but. Cette étude situe dans leur contexte les poursuites axées sur l'égalité des sexes grâce à l'examen de tous les jugements, plus particulièrement ceux qui répondent aux arguments d'égalité entre les hommes et les femmes.

Les recherches relatives à cette étude étaient déjà terminées le 2 février 1989, date à laquelle la Cour suprême a donné dans l'affaire *Andrews c. The Law Society of British Columbia* sa première interprétation des garanties d'égalité offertes par la *Charte*. En raison de l'importance de cette décision pour les femmes et les groupes défavorisés, les auteures ont inclus une courte note à la fin du rapport décrivant brièvement le contenu du jugement et ses conséquences futures pour les litiges sur les droits à l'égalité au Canada.

LES RÉSULTATS DE L'ÉTUDE

Les résultats de l'étude sont alarmants. La plupart des 591 jugements étudiés par les auteures révèlent que dans la majorité des cas, ce ne sont pas des personnes ou des organismes travaillant à la promotion de l'égalité pour les femmes ou pour d'autres groupes défavorisés qui se sont prévalus de la *Charte*. Ils ne portent pas non plus sur le sexe, la race, le handicap ou l'âge. Les affaires ont plutôt trait à la conduite en état d'ébriété, à la fabrication de contenants pour les boissons gazeuses et à la réglementation des droits d'atterrissage. La plupart des jugements sur les droits à l'égalité ne parlent pas de l'inégalité, celle que les femmes comprennent, mais plutôt de la dissemblance des traitements comme les agriculteurs qui sont soumis à des quotas de production de lait contre ceux qui ne le sont pas.

Seulement 52 des 591 jugements traitent de la discrimination fondée sur le sexe. Ce nombre est ramené à 44 si on ne tient pas compte des appels et autres procédures se rattachant à l'une ou l'autre de ces affaires. Autrement dit, moins de 10% des causes soutenaient que telle règle ou pratique constitue une violation de la garantie des sexes reconnue par l'article 15 de la *Charte*. Tel qu'indiqué par les auteures, ce pourcentage est relativement faible, compte tenu de l'intérêt que portent les femmes à cette question, des inégalités dont elles sont victimes et de leur importance démographique majoritaire au Canada.

Les auteures montrent que les chiffres sont encore plus alarmants quand on analyse ces 44 affaires d'égalité des sexes. Neuf seulement des poursuites ont été engagées par des femmes ou en leur nom. Les 35 autres plaignants sont des hommes ou leurs représentants. Autrement dit, la majorité des jugements relatifs à l'égalité des sexes rendus durant cette période ont davantage trait aux intérêts des hommes qu'à ceux des femmes. La plupart des poursuites des hommes s'attaquent à des protections et à des avantages chèrement obtenus par les femmes comme les congés de maternité et les allocations familiales pour les mères célibataires. Et les résultats sont pires encore quand on sait que certains hommes réclament en justice les «droits du fœtus» qui dénie aux femmes leur autonomie procréatrice et contestent la législation sur les agressions sexuelles (en arguant de l'égalité des âges, de la liberté d'expression, de la liberté et du droit à un procès équitable).

Brodsky et Day soulignent que les tribunaux sont présentement un lieu important pour les femmes au Canada à cause des nouvelles garanties d'égalité de la *Charte*. L'accès difficile des femmes aux tribunaux et leur absence au sein de l'appareil judiciaire représente un problème majeur dans la mise au point de concepts reliés aux droits à l'égalité. Les jugements rendus à ce jour révèlent qu'au moment de formuler des interprétations sur les garanties d'égalité de la *Charte*, les tribunaux doivent écouter les témoignages des femmes et prendre en considération toutes leurs expériences.

L'étude fait état de la gravité du problème de l'accès des femmes aux tribunaux pour obtenir des interprétations de l'égalité. Les interprétations de l'égalité favorables aux femmes et susceptibles d'avoir des répercussions positives sur leur vie doivent être citées plus souvent devant les tribunaux. Celles qui ont été choisies jusqu'à présent par les tribunaux canadiens n'amélioreront pas la situation de la femme et des autres groupes défavorisés. Les auteures avancent qu'afin de véritablement profiter des garanties de la *Charte*, les femmes et les autres groupes défavorisés doivent pouvoir bénéficier d'un financement public. Une garantie constitutionnelle d'égalité n'est qu'une vaine promesse si elle ne profite qu'aux riches.

D'autre part, l'étude indique que les femmes doivent se préoccuper davantage des nominations de magistrats et de la formation des avocats et des juges. En plus d'assurer l'accès aux droits à l'égalité, les gouvernements doivent défendre les intérêts des femmes devant les tribunaux, plutôt que de s'y opposer. Les tribunaux doivent quant à eux être disposés à écouter, à apprendre et à appliquer pleinement la loi.

RÉSUMÉ DU CONTENU DE L'ÉTUDE

Dans le résumé qui suit, quatre chapitres sont présentés de façon plus détaillée. Notamment, le chapitre 5 (les actions relatives à l'égalité), le chapitre 6 (l'accès aux tribunaux), le chapitre 8 (l'égalité véritable) et la postface (les répercussions du jugement de la Cour suprême de février 1989).

Le chapitre premier décrit brièvement la condition des femmes, donc les inégalités que les garanties de la *Charte* devraient abolir. Il explique également pourquoi les femmes ont mené des campagnes intenses au début des années 80 pour améliorer la formulation de la *Charte*. Il relate l'issue des poursuites pour obtenir l'égalité en vertu de la *Déclaration canadienne des droits*, et décrit les éléments des garanties d'égalité pour lesquels les femmes ont combattu par la suite.

Le chapitre deux s'attarde à l'article 15, c'est-à-dire à la principale garantie d'égalité en vertu de la *Charte*. La formulation de l'article et les concepts qui le sous-tendent y sont soupesés, de même que le contexte historique, culturel et juridique de la garantie. Les auteures proposent en outre des interprétations qui se concentrent sur l'objet de l'article 15.

Le chapitre trois relate les poursuites pour atteinte à l'égalité des sexes, expose les faits et les résultats obtenus. Y sont également comparés les arguments avancés par les hommes et les procureurs généraux qui réclament l'égalité, et ceux qui sont invoqués lorsqu'il s'agit de plaignantes et d'intervenantes.

Le chapitre quatre traite des théories de l'égalité retenues par les tribunaux dans les affaires d'atteinte à l'égalité des sexes, de même que la résolution de points d'interprétation critiques: signification des articles 28 et 15(2), relation entre les articles 1 et 15, portée de la *Charte* et étendue des pouvoirs de redressement des tribunaux.

Qui se prévaut de la *Charte* et dans quel but? Le chapitre cinq offre un examen de l'ensemble des poursuites par catégories: affaires criminelles, litiges sur l'emploi et causes civiles. Les faits et les jugements rendus y sont décrits ainsi que certaines tendances analytiques. On trouvera dans ce chapitre de nombreuses statistiques: nombre de jugements dans chaque catégorie, motifs et nombre de poursuites intentées par des femmes et autres personnes défavorisées. Vous trouverez des tableaux à la fin du résumé.

Seulement 189 des 591 jugements rendus au 17 avril 1988 ont trait à des motifs d'inégalité. Si on exclut les procédures criminelles dans lesquelles l'article 15 a été invoqué en défense, de même que les actions dans lesquelles des arguments ont été présentés au sujet de personnes défavorisées en leur absence ou dans un sens contraire à leurs intérêts, il reste donc 91 jugements faisant suite à des procédures intentées par des personnes défavorisées en vertu de l'article 15. À l'exclusion des jugements sur des procédures interlocutoires (demandes d'injonctions, demandes pour faire annuler des déclarations introductives d'instance, etc.) et des appels sur les mêmes affaires, il reste 66 actions (voir les tableaux).

De ces 66 actions, seulement 17 ont été intentées par des membres de grands groupes défavorisés — femmes, Autochtones, personnes handicapées et membres de minorités nationales, ethniques ou raciales. Au cours des trois premières années de litiges sur les droits à l'égalité, les femmes sont à l'origine de sept procédures (deux autres procédures ont été engagées au nom des femmes). Les membres des autres groupes défavorisés ont intenté quatre actions, tout comme les personnes atteintes d'une déficience mentale. Les personnes atteintes d'une déficience physique ne sont à l'origine d'aucune affaire, une procédure a été entreprise par un membre d'une minorité raciale et une par un Autochtone. On ne peut pas dire non plus que ces 17 affaires constituent d'importantes attaques contre les inégalités systémiques dont ces groupes sont victimes. En fait, bien peu d'éléments de ces affaires correspondent à un usage stratégique réel de la *Charte* pour faire progresser l'égalité.

Les résultats font ressortir la gravité du problème de l'accès aux tribunaux. Les sociétés, les personnes accusées d'infractions criminelles et les procureurs généraux ont facilement accès aux tribunaux, ce qui n'est pas le cas des femmes et des autres groupes défavorisés.

La caractéristique la plus affligeante de l'ensemble des litiges sur les droits à l'égalité ressort beaucoup plus à la lecture des jugements qu'à l'observation des données statistiques. En effet, ce segment de la jurisprudence ne parle pas de l'égalité, celle que les femmes et les autres groupes défavorisés comprennent, celle dont ils ont besoin. Aucun de ces jugements ne contient d'exposé sérieux sur l'inégalité au Canada, ses dimensions, sa structure, ses remèdes. Aucune discussion ne s'élève dans l'arène publique au sujet de l'inégalité insidieuse dont souffrent certains groupes. Non, la plupart des discussions se contentent d'établir les comparaisons superficielles, mécaniques et stériles qu'inspire la théorie de l'égalité purement formelle.

Le chapitre six aborde l'accès aux tribunaux, qui en fait se divise en deux volets: la question juridique du statut permanent et du statut d'intervenant, qui détermine qui a le droit de figurer au procès; la question pratique de l'utilisation réelle des tribunaux. Les tendances des décisions relatives au statut permanent y sont soulevées, de même que leurs répercussions pour les femmes. Autre thème abordé: quels sont les fonds et les ressources octroyés pour appuyer l'obtention de l'égalité? Sont-ils suffisants?

Les questions d'accès aux tribunaux sont très importantes parce qu'elles déterminent qui peut faire entendre sa voix dans notre système judiciaire et qui peut participer à l'orientation de l'interprétation des nouvelles garanties d'égalité. Les femmes et les autres groupes défavorisés peuvent-ils vraiment utiliser les droits à l'égalité garantis par la *Charte* ou, en pratique, ces droits sont-ils hors de portée?

Les chiffres ci-haut mentionnés concernant la participation des femmes aux litiges sur les droits à l'égalité pendant les trois premières années de jurisprudence illustrent de façon spectaculaire la gravité du problème de l'accès aux tribunaux. Les femmes ne possèdent tout simplement pas l'argent, les ressources et les pouvoirs nécessaires pour utiliser une loi qui est censée les protéger et les appuyer. Pour qu'elles puissent véritablement exercer les droits que leur confère la *Charte*, les femmes doivent avoir accès à un financement public. En effet, une garantie constitutionnelle d'égalité n'est qu'une vaine promesse si elle ne profite qu'aux riches.

Le gouvernement fédéral a pris une mesure pour améliorer l'accès aux tribunaux des personnes qui invoquent les droits à l'égalité en créant en 1985 le Programme de contestation judiciaire, qui est administré par le Conseil canadien de développement social. Les parties à une affaire relative à l'égalité qui contestent une loi ou un programme fédéral peuvent demander l'aide du Programme de contestation judiciaire. Le programme peut verser jusqu'à 35 000 \$ par juridiction pour les frais d'avocat, les frais de recherche et les dépenses générales.

Malheureusement, ce programme de financement public présente plusieurs lacunes graves:

- Le Programme de contestation judiciaire est un programme de cinq ans qui se termine en mars 1990. Si le Programme n'est pas renouvelé, il n'y aura aucun accès aux recours aux droits à l'égalité pour les femmes et les autres groupes défavorisés.

■ Les fonds disponibles dans le cadre du Programme de contestation judiciaire sont offerts uniquement pour les contestations de lois et de programmes fédéraux. En effet, ce programme n'offre pas de fonds pour financer les contestations de lois ou de mesures provinciales et aucun gouvernement provincial, à une exception près (l'Ontario fournit une aide financière au Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes), n'offre une aide semblable. À cause de la division constitutionnelle des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux, la santé, l'éducation, les conditions d'emploi et les services sociaux relèvent des provinces. Ces questions sont fondamentales pour les femmes mais aucun financement n'est prévu pour appuyer les contestations judiciaires dans ces domaines.

■ Les fonds du Programme peuvent être utilisés uniquement pour les honoraires des avocats et les recherches relatives à la procédure visée. Pour faire valoir d'une manière plus systématique les droits à l'égalité garantis par la *Charte*, les groupes défavorisés ont besoin et de l'argent et d'autres ressources qui leur permettront d'accumuler les connaissances spécialisées et la capacité d'intervention devant les tribunaux dont ils ont besoin. Comme nous l'avons déjà dit, les affaires relatives à l'égalité, de par leur nature même, n'ont pas une portée individuelle. En effet, pour bien préparer une affaire, il faut connaître les caractéristiques de l'inégalité pour l'ensemble du groupe, la place du cas particulier dans le tableau général et les arguments qui serviront le mieux les droits à l'égalité de l'ensemble du groupe.

Pour les groupes depuis longtemps défavorisés et privés de pouvoirs, l'accès véritable aux garanties d'égalité exige plus que l'argent des honoraires des avocats. En effet, ces groupes ont besoin d'argent pour faire progresser la sensibilisation, l'information et les compétences au sein de leur collectivité et pour favoriser les consultations entre les groupes. Sans cet aspect vital de l'éducation, de la recherche et de la consultation, il est peu probable que les tribunaux soient saisis d'affaires sur les droits à l'égalité qui représentent vraiment les intérêts des femmes et des autres groupes défavorisés. Tant que les gouvernements ne reconnaîtront pas cette réalité, tous leurs programmes de financement ne feront que perpétuer l'inégalité entre les nantis et les défavorisés dans l'accès aux tribunaux.

Le chapitre sept traite de la théorie de l'égalité formelle et des critères de la «situation identique» et du «caractère raisonnable», deux outils d'analyse qui interviennent couramment dans les affaires portant sur l'égalité des droits. Quelques exemples permettent d'explorer la nature et les répercussions de ces critères, notamment leur incapacité d'appuyer les demandes des personnes défavorisées — les femmes, par exemple.

Le chapitre huit élabore le modèle d'égalité et le cadre interprétatif proposés au chapitre précédent. L'étude conclut qu'un modèle d'égalité solide est indispensable pour que la *Charte* promulgue véritablement l'égalité des femmes.

Un modèle d'égalité véritable diffère du modèle d'égalité formelle à bien des égards. Alors que le modèle d'égalité formelle s'attache au traitement semblable d'individus semblables, un modèle d'égalité véritable se préoccupe des effets de la loi et des inégalités réelles dont les groupes défavorisés sont victimes.

Un modèle d'égalité formelle pose de nombreux problèmes, dont deux en particulier. Tout d'abord, il n'offre l'égalité qu'aux personnes pouvant prouver qu'elles sont dans une situation identique à celle d'individus d'un groupe comparable. Si une personne doit prouver qu'elle se trouve dans une situation identique à celle d'une autre qui n'est pas défavorisée pour pouvoir se prévaloir de la protection de l'article 15, les femmes et les autres groupes défavorisés perdront souvent leur cause parce qu'ils sont au départ défavorisés.

Dans un deuxième temps, le modèle d'égalité formelle réclame le traitement identique de personnes distinctes sans tenir compte des besoins particuliers des groupes défavorisés. Bien que régressif et contraire à l'égalité des femmes, le traitement identique peut être la source de l'élimination des congés de maternité et de programmes conçus pour aider les femmes.

Un tribunal appliquant un modèle d'égalité véritable pourrait:

- mettre l'accent sur le problème de l'inégalité véritable plutôt que sur la ressemblance ou la dissemblance du traitement;
- juger qu'il est dans l'intérêt de l'égalité réelle d'imposer un traitement différent;
- reconnaître la nécessité de recours pour corriger l'inégalité.

Jusqu'à présent, le modèle d'égalité formelle est celui qui est utilisé par le tribunaux et d'après les auteures, il n'améliorera pas la situation des femmes et des autres groupes défavorisés. Elles concluent qu'à moins que les femmes aient accès à leurs droits à l'égalité et à moins que les tribunaux adoptent une définition véritable de l'égalité, la constitutionalisation des droits à l'égalité des femmes risque de n'être pas accessible à un progrès mais bien à un recul.

L'étude contient une postface. Le jugement de la Cour suprême de février 1989 dans l'affaire *Mark Andrews* donne une toute autre orientation à l'interprétation des droits à l'égalité que celle qu'ont donnée les tribunaux inférieurs au cours des trois premières années de litiges sur la question des droits à l'égalité. Il constitue un encouragement certain pour les femmes et les autres groupes défavorisés, donnant une vision d'ensemble de la notion d'égalité. Les auteures décrivent brièvement la nature du jugement, puis analysent ses forces et ses faiblesses du point de vue des femmes et d'autres groupes défavorisés qui s'attendent à ce que la *Charte* les appuie dans leur quête d'égalité.

Dans l'affaire *Andrews*, le tribunal a pour la première fois présenté la notion de désavantage dans l'analyse de l'article 15 et a déclaré que les principes sur les droits de la personne et la jurisprudence qui s'y rapporte devraient orienter les interprétations. Le tribunal a clairement indiqué que l'article 15 offre une plus grande protection que la *Déclaration canadienne des droits* et qu'il faut donc présenter de nouvelles interprétations de l'égalité. Le tribunal ouvre ainsi aux femmes et aux autres groupes défavorisés une porte qui leur permettra de présenter des arguments fondés sur un modèle d'égalité véritable.

Toutefois, ce jugement ne marque que le début du litige constitutionnel sur les droits à l'égalité. Il serait faux de croire que ce seul jugement a balayé la théorie de l'égalité formelle, le critère de la situation identique et celui du caractère raisonnable, et qu'un modèle d'égalité véritable prendra leur place. L'arrêt *Mark Andrews* ne fait qu'effleurer de nombreuses questions primordiales. Il est essentiel que les femmes et les autres groupes défavorisés redoublent d'efforts pour faire valoir leurs points de vue et leurs expériences devant les tribunaux afin que l'affaire *Mark Andrews* puisse servir de base à un modèle d'égalité véritable efficace et complet.

L'étude comprend des annexes qui contiennent des tableaux d'arrêts sur l'égalité ainsi que sur l'égalité des sexes et des notes concernant la base de données. Une bibliographie complète de livres et d'articles sur les questions d'égalité, préparée par le Centre de recherche et d'enseignement sur les droits de la personne à l'Université d'Ottawa, s'y trouve également.

**TABLEAU 1 : NOMBRE DE DÉCISIONS CONCERNANT L'ARTICLE 15 DE LA CHARTE,
PAR SUJET¹**

Sujet	Nombre de décisions	
Affaires criminelles		172
Conduite avec facultés affaiblies	49	
Procédure criminelle	39	
Infractions sexuelles	29	
Pouvoirs du procureur général dans la procédure criminelle	17	
Lois protégeant contre le viol	7	
Moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale	4	
Délinquant dangereux	3	
Circulation routière	8	
Condamnation/mise en liberté	16	
Réglementation économique		62
Loi sur les jeunes contrevenants		39
Emploi		25
Réglementation des professions		17
Négociations collectives		17
Procédure civile/droit de poursuivre		78
Frais	22	
Droit de poursuivre	16	
Périodes de prescription	14	
Autre	26	
Droit de la famille		32
Aide sociale/sécurité du revenu		25
Droits démocratiques		16
Droits linguistiques en cour		16
Éducation		8
Couronne comme employé/plaignant/créancier		10
Immigration		9
Lois sur le port obligatoire de la ceinture		5
Droits juridiques		11
Propriétaire et locataire		5
Impôt		9
Preuve		7
Assurance		3
Stérélisation involontaire		3
Autre		22
TOTAL²		591

¹ Données obtenues en interrogeant en direct QUICK LAW, CAN-LAW et SOQUIE (services de recherche juridique automatisée) au sujet des décisions concernant l'égalité rendues durant la période comprise entre le 17 avril 1985 et janvier 1988 (décisions sous forme de résumé ou de jugement, accessibles en direct), avril 1988 (CAN-LAW), mai 1988 (QUICK LAW)

² Données tirées de La Charte canadienne et les droits des femmes: progrès ou recul? de Gwen Brodsky et Shelagh Day.

**TABLEAU 2¹ : NOMBRE D' ACTIONS² INTENTÉES PAR
UNE PERSONNE DÉFAVORISÉE
OU UN GROUPE, PAR MOTIF DE DISCRIMINATION**

Groupe	Nombre d'actions
Origine autochtone	1
Âge - jeune/personne âgée	15
Casier judiciaire	1
Situation familiale (personne avec enfant)	2
Demande du statut d'immigrant reçu ou de réfugié	4
État civil	2
Déficience mentale	4
Groupe linguistique minoritaire	5
Minorité nationale ou ethnique	4
Prisonnier	5
Minorité raciale	1
Minorité religieuse	6
Orientation sexuelle	1
Situation sociale (pauvreté)	8
Femmes ³	7
Total	66

1 Tableau tiré de l'étude *La Charte canadienne et les droits des femmes: progrès ou recul?* de Gwen Brodsky et Shelagh Day - Septembre 1989, p 125, effectuée pour le compte du Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme.

2 «Action» se rapporte à une poursuite judiciaire. Peu importe le nombre d'appels ou de demandes de décisions interlocutoires, la valeur numérique attribuée est de un uniquement. Le tableau 2 illustre le nombre d'actions.

«Jugement» mentionné au tableau 1, se rapporte à chaque jugement d'un tribunal. Au tableau 1, chaque jugement d'un tribunal, appel ou demande de décision interlocutoire est compté séparément.

3 Dans ce tableau, «femmes» représentent les femmes qui intentent des poursuites en matière d'égalité sexuelle. Les femmes peuvent également avoir intenté des poursuites pour discrimination fondée sur les autres motifs énumérés.

Le programme de contestation judiciaire

Mars 1989

Attendu que

- la recherche menée sur les premières poursuites intentées en vertu des droits à l'égalité prévus par la Charte nous révèle que les femmes et les autres groupes défavorisés parviennent difficilement à porter leurs causes devant les tribunaux, en raison du déséquilibre des forces et d'un manque de ressources et de financement;
- cette recherche permet par ailleurs de conclure qu'il est tout aussi difficile d'intenter des poursuites en vertu des droits à l'égalité prévus par la Charte que d'intervenir dans les affaires engagées en contestation de la Charte et concernant les femmes et les autres groupes défavorisés;
- les causes relatives aux droits à l'égalité prévus par la Charte imposent que les tribunaux soient pleinement renseignés sur la portée et la nature de toute question d'inégalité, ce qui exige une documentation en profondeur, des conseils judiciaires, la consultation d'expert-e-s, et des parties plaidantes bien informées;
- les femmes et les autres groupes défavorisés ne peuvent exercer leurs droits à l'égalité prévus par la Charte sans un appui financier de l'État;
- le Programme de contestation judiciaire, mis sur pied pour financer les poursuites intentées par les groupes défavorisés aux termes des droits à l'égalité prévus par la Charte, souffre de plusieurs déficiences, dont les suivantes : il vient à échéance en mars 1990; il ne vise que la contestation de lois et de mesures fédérales; il comporte des critères restrictifs en matière de financement des interventions et de constitution des dossiers;
- il faut donner aux femmes et aux autres groupes défavorisés les moyens d'approfondir leurs connaissances et d'acquérir les compétences nécessaires pour déterminer les causes à défendre au chapitre des droits à l'égalité prévus par la Charte, pour intenter des poursuites et les mener à bien;

le CCCSF recommande

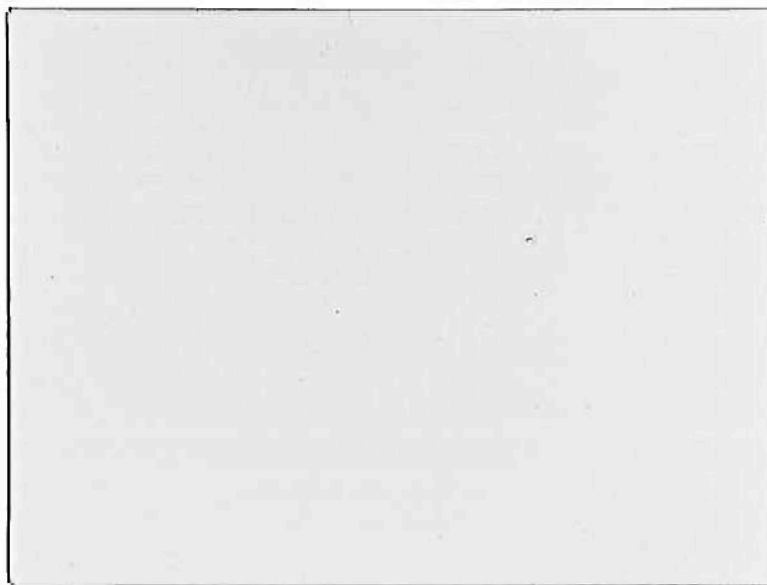
1. que le gouvernement fédéral accorde de nouvelles subventions aux groupes traditionnellement défavorisés, afin d'encourager la sensibilisation et l'information de leurs communautés tout en y favorisant l'acquisition des compétences nécessaires, et afin de permettre la consultation entre les groupes pour qu'ils puissent élaborer un plan de revendication judiciaire des droits à l'égalité prévus par la Charte;
2. que le Programme de contestation judiciaire demeure en vigueur indéfiniment, et que le gouvernement fédéral en fasse aussitôt l'annonce;
3. que le gouvernement fédéral élargisse le cadre du Programme de contestation judiciaire de façon à permettre aussi la contestation des lois et des mesures provinciales, en vertu des droits à l'égalité prévus par la Charte, et qu'il en supprime les critères restrictifs de financement au chapitre des interventions et de la constitution des dossiers.



Canadian
Advisory Council
on the Status of Women



Conseil
consultatif canadien
sur la situation de la femme



WOMEN ●

Canadian
Advisory Council
on the Status of Women



Conseil
consultatif canadien
sur la situation de la femme