

Wrap-Up

The Honourable Mr. Justice Michel BASTARACHE*

Même ceux qui s'intéressent de façon particulière au domaine des droits de la personne auront beaucoup appris au cours des trois derniers jours. L'ouverture du colloque a d'ailleurs donné le ton aux travaux avec la remarquable présentation du juge Sachs, dont la sérénité, le courage, l'ouverture d'esprit et l'intelligence n'étaient égalés que par l'éloquence.

Je ne chercherai pas à faire la synthèse de toutes les présentations qui m'ont été dévolues pour commentaire. Je vais plutôt tenter de signaler les opinions des panélistes qui me semblent mettre en lumière les sujets qui feront l'objet de débats au cours des prochaines années, opinions que je commenterai brièvement.

Le point de départ pour un tel exercice est toujours difficile à fixer. Les possibilités sont nombreuses. J'ai choisi de commencer avec l'idée qu'il est de plus en plus difficile de définir les droits de la personne comme un domaine du droit qui soit distinct. Les droits de la personne, et notamment les valeurs et principes qu'ils véhiculent, ont imprégné profondément de nombreux domaines juridiques. Le juge Hackett a fait valoir que le droit criminel s'est développé, au cours des dernières années, surtout sous l'influence, bien que discrète, de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.¹ Le juge Hackett est d'avis que ces développements indiquent qu'il nous faut redéfinir la notion de l'impartialité du juge. Selon elle, le juge doit invoquer de son propre chef les questions relatives aux droits de la personne lorsque les avocats restent silencieux. Ceci est nécessaire à la tenue d'un procès juste et équitable en matière criminelle. Dans le domaine du droit civil, les juges ont traditionnellement adopté une attitude de retenue judiciaire presque absolue. Ils ne veulent pas favoriser une partie aux dépens de l'autre et ne traiteront que des points de droit soulevés par les parties au litige. Il me semble cependant que la notion d'impartialité doit aussi être remise en question en matière civile. Cela me semble particulièrement important dans les cas de plus en plus nombreux où les justiciables ne sont pas représentés par un avocat (petites créances, droit de la famille, indemnisation des accidentés du travail). Même lorsque les justiciables sont représentés, le juge qui est convaincu qu'un résultat injuste est à craindre devrait porter à l'attention des avocats un point de droit non mentionné par eux (le caractère inéquitable d'un contrat par exemple) et les inviter à présenter leurs arguments sous ce rapport.

If the law is to incorporate in a more forceful way human rights values and principles, one must consider what criteria are to govern the definition of such values.

* Court of Appeal of New Brunswick, Fredericton, New Brunswick.

1. *Charte Canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

Professor Schabas has argued that a wider recourse to international instruments and jurisprudence is warranted. He noted that Canadian courts have to this point only used such materials in a perfunctory way as aids to interpretation of domestic laws. Section 1 of the Charter is a direct link to international law, as is the purposeful, historic and contextual approach to legal interpretation. A new direction is not likely to be adopted before the Supreme Court of Canada itself decides on it. Madam Justice McLachlin has nevertheless shown, in my view, that the new direction advocated may not be warranted. Direct incorporation of international instruments is not the only vehicle by which international law can gain domestic application. Madam Justice McLachlin mentioned in particular the extension of the common law, (a subject developed by Ms. Block), as well as doctrines such as that of "legitimate expectations" that can be applied to government action. There is presently some movement towards wider recourse to international norms, but the need to take into account the historical and social reality of the state remains important, in Canada and in all countries. This is seen as a bar to the direction application of international law by domestic courts.

Considering the reference to human rights values and principles in judicial adjudication, it is important for the courts to be seen as legitimate entities to define what is in fact public policy. Many speakers have addressed this issue from a variety of viewpoints. Mr. Tait has looked at remedies under section 24(1) of the Charter and suggested that there are means by which the courts can fulfill their Charter mandate while according proper deference to the legislative branch of government. Section 24(1) is not the only tool to be used in that regard. The arguments made during hearings on applications for injunctions against environmental and native protestors will raise issues of public policy. Recent events regarding logging operations in British Columbia, Ontario and New Brunswick are instructive. Mr. Tait's views are certainly in conflict with those of Mr. Schabas who advocates the development of positive rights in the economic and social guarantees through Charter interpretation and recourse to international law. It might be noted here that Mr. Justice MacGuigan cautions us with regard to this, noting that there is a limit to the changes that can be produced by human rights commissions, in particular because they were not designed or empowered to change economic and social structures.

A review of Supreme Court cases shows some inconsistency in the approach to defining Charter rights, according to Mr. Schabas. I have noted elsewhere the inconsistency I see between the restrictive definition of the section 19 right to address a court in one's language and the very broad definition given of the right to counsel under section 10(b). There are numerous other examples, no doubt, but I believe this is to be expected in light of the tremendous change resulting from the adoption of the Charter and of the fact that this change is still very recent. Professor Smith has looked at the difficulties of adopting a unified approach within the Court itself. Her analysis demonstrates how new cases can bring judges to reconsider earlier decisions at this stage of the definition of Charter values. I do not share her characterization of the internal relevancy test as backtracking. In my view, none of the judges of the Supreme Court have abandoned the substantive equality approach. Professor Swinton spoke of the need for judges to be seen as impartial, and the difficult task involved in achieving this result. Judges as a group are not a true cross-section of Canadian society. Judges, like all persons, are seen to hold unconscious biases. Professor Swinton advocates sensitivity training, and better representation of women and minorities on the Bench. The role of the courts in

applying the Charter values generally — have increased concern with regard to legitimacy.

L'efficacité des institutions chargées de l'application des lois relatives aux droits de la personne a été discutée par M^e Juriansz et par le juge Rivet. M^e Juriansz a bien décrit les problèmes qui ont terni l'image des tribunaux administratifs dans ce domaine. J'ai surtout retenu de son allocution l'élargissement à outrance des mandats originaux, l'impact des décisions en matière de politique sociale, et comment tout cela s'est produit sans égard à la remise en question par le public de la légitimité de ces mêmes institutions. Si la légitimité des juges est remise en question, comme on l'a dit, il est clair que la légitimité des membres des commissions et tribunaux administratifs en matière de droits de la personne sera encore bien plus incertaine. Ceci résulte notamment du fait que ces personnes sont souvent choisies en fonction de leur appartenance à des groupes de pression ou des groupes sociaux qui font souvent l'objet de comportements discriminatoires plutôt qu'en raison d'une expertise particulière dans le domaine des droits de la personne. Le fait que la Commission soit le plaignant de fait pose aussi un problème eu égard à l'apparence d'impartialité. Ces problèmes vont probablement s'accroître dans le contexte du débat qui s'annonce au sujet des conflits entre droits individuels et droits collectifs. La question des programmes d'accès à l'égalité (action affirmative) me semble devoir provoquer des remises en question douloureuses au cours des prochaines années. Je ne crois pas qu'il faille craindre l'abolition de l'action affirmative; il ne faut pas pour autant résister au besoin de revoir les critères applicables à ces programmes parce que l'appui du public au système est essentiel à son efficacité.

Though backlash is a reality, one must not paint with the same brush all those who question the functioning of human rights tribunals. The tribunals have in the past and continue to play a fundamental role in our society. It is normal that adjustments to their operational mechanisms now be required. Mr. Sims has described with great skill and sensitivity the new approaches that might be pursued.

In a multicultural society, it will also become more difficult to apply human rights values and principles in a way that satisfies all cultural groups, as pointed out by Professor Swinton. We are aware, for instance, of the generational gap that has created problems for families having recently established in Canada. What attention should be given to traditional approaches to the discipline of children, for instance, in cases where parents are faced with resistance from children who have adopted North American values? Some have advocated a more liberal usage of the interpretative clause dealing with multiculturalism in the Charter (see section 27). Some resist this approach on the basis that the Charter values are universal. This debate in fact mirrors the debate respecting the application of the Charter to First Nations whose specific values and traditions are protected by section 35 of the Charter. The question then is — what individual values, what societal values apply in a particular case? As Commissioner Chartrand puts it, is equality possible only if one sheds his own identity? With regard to native rights, it is argued that recourse to the courts may not be too promising. The definition of section 35 rights on the basis of traditional practices may not provide a reasonable basis for the recognition of the requirements of natives for building a modern society, capable of preserving their culture and ensuring their economic security.

I will conclude on this note : There is still a challenge in defining human rights, confronting individual and collective rights, and applying those rights in a complex multicultural society. Mr. Norton will deal with the institutions responsible for implementing human rights legislation, and the challenges facing them.