

DOES AFFIRMATIVE ACTION HAVE A FUTURE AS AN INSTRUMENT OF SOCIAL JUSTICE?

The Honourable Mr. Justice Michel Bastarache

L'honorable Michel Bastarache, juge de la Cour suprême du Canada. Texte d'un discours prononcé à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, le 4 mars 1998.

The Honourable Mr. Justice Michel Bastarache of the Supreme Court of Canada. Text of a speech given to the Faculty of Law, University of Ottawa, March 4, 1998.

I. INTRODUCTION

On m'a demandé de vous entretenir aujourd'hui d'un sujet lié aux droits de la personne. Il m'est immédiatement venu à l'esprit que dans ce domaine, les litiges risquent à l'avenir d'être axés sur l'élaboration du concept de la justice sociale au sens du par. 15(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et peut-être aussi sur la notion de l'accommodement raisonnable considérée comme un moyen de limiter l'incidence du par. 15(1) sur certaines pratiques et activités reflétant les choix des majorités culturelles. J'ai opté pour le premier sujet.

Mon objectif est très limité. Je propose simplement à votre réflexion quelques éléments dégagés des décisions récemment rendues aux États-Unis et en Europe afin de mettre en lumière les divergences d'opinion quant à l'objet et à l'utilité des mesures de promotion sociale en tant qu'instruments de mise en oeuvre des objectifs liés aux respect des droits de la personne et de cerner l'approche adoptée par les cours supérieures pour statuer sur la validité des programmes de promotion sociale. J'espère aussi vous sensibiliser aux difficiles choix politiques inhérents à l'intervention du gouvernement dans ce domaine et vous inciter à participer au débat qui doit nécessairement précéder l'élaboration de normes judiciaires claires en cette matière

Affirmative action, also called reverse discrimination, as originally developed, is defined as the deliberate use of race or gender-conscious criteria for the specific purpose of benefiting a group which has previously been disadvantaged on grounds of race or gender.

Affirmative action is inherently controversial. How can it be legitimate for an anti-discrimination policy to include measures which actively discriminate on grounds of race or sex?

In recent years, the highest courts of the United States, the United Kingdom and the European Community have issued judgments concerning the validity of public affirmative action programs. In contrast to their American and European counterparts, Canadian courts have been less active in the area of affirmative action, although affirmative action has been constitutionalized in Canada by way of section 15(2) of the *Charter*. This provision stipulates that a state law, program or activity may derogate from the equality guarantees of section 15(1) of the *Charter* if it "has as its object the amelioration of the conditions of disadvantaged individuals or groups". Section 15(2) therefore allows the state to improve the conditions of a disadvantaged group whose individual members are disadvantaged and, therefore, in need of social benefits to a greater extent than individuals who are not members of the group.

II. THE AIMS OF AFFIRMATIVE ACTION

The least controversial aim of affirmative action in the case law and literature is the narrow remedial role, which permits affirmative action to compensate for demonstrable past discrimination. However, some broader remedial aims, such as the promotion of diversity and elimination of traditional role models have also been expressed, the objective here being to increase the participation in society of groups which are visibly under-represented in important public positions such as education, politics or civil service. Former Chief Justice Dickson, in the Canadian case of *Action Travail des Femmes v. Canadian National Railways Co.*,¹ stated that the aim of an employment equity program is not to compensate past victims, but rather "an attempt to ensure that future applicants and workers from the affected group will not face the insidious barriers that blocked their fore-bears". Since affirmative action requires that individual members of the disadvantaged group be actively preferred over others in the allocation of jobs or university places, or similar benefits, it remains extremely controversial.

¹ [1987] 1 S.C.R. 1114.

III. THE AFFIRMATIVE ACTION DEBATE: INDIVIDUAL VERSUS SOCIAL JUSTICE

An extensive debate has existed for years in both legal and political circles concerning the merits of affirmative action. Affirmative action owes its origins to the deep racial divisions existing in the United States, and the systemic discrimination which Black Americans have faced over three centuries. The genesis of affirmative action can be traced to the United States, yet this is also where its implementation has stirred the most controversy. In a series of cases before the United States Supreme Court, the legitimacy of affirmative action has been tested repeatedly, culminating in the 1996 White House review of positive action.

A substantial number of legal scholars have argued against the laws and programs which seek to remedy disadvantage through affirmative action. Morris Abram,² for example, argues that it is a mistake to abandon the merit principle in favour of a system which allocates social goods according to personal characteristics such as race. Under the merit principle, no individual should be made to compensate for inequities which are not his own fault. In Abram's view, affirmative action embodies a results-oriented approach to equality, which confers social benefits on members of disadvantaged groups without actually addressing the underlying causes of disadvantage in society. In this sense, affirmative action is a quick, yet illusory "fix". According to Abram, "we simply cannot interpret our laws to support both colour-blindness for some citizens and colour-consciousness for others", as the two approaches are mutually exclusive.

Professor Ramesh Thakur³ has discussed the sociological impact of affirmative action, arguing that it is counter-productive, "undermines the dignity of a collective entity and retards the realization of human worth of its individual members". The groups targeted by affirmative action programs become labelled as victims who are incapable of succeeding without state intervention.

Such arguments find a home in the "individual justice" approach to equality law, much favoured in the United Kingdom.⁴ This approach centres on the relationship between the state and the individual, and in particular, on the view that the state's role in eliminating disadvantage is two-fold: the elimination of any use of a personal characteristic as a criterion for the conferral of a social benefit, where the personal characteristic is irrelevant to an individual's entitlement; and the elimination of criteria which, though facially neutral, reduce the ability of individuals with certain personal characteristics to obtain a social benefit.

The "individual justice" model does not attempt to root out prejudicial assumptions; it ignores the fact that justice has distributive effects. This model is opposed to the "social justice" model, which has for its premise the view that discrimination against certain groups is so pervasive that real equality for the members of the group can never be achieved through simple identification and removal of discriminatory barriers. Instead, systemic remedies conferring benefits on the group are required to remedy the lingering effects of past injustice against the group. Thus, the social justice model permits the allocation of social benefits to individuals on the basis of group membership, past discrimination having resulted in the deprivation of social benefits in precisely the same manner.

By focusing on groups, as opposed to individual members of the same groups, proponents of

² M. B. Abram, "Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers" (1986), 99 *Harvard L.R.* 1312.

³ R. Thakur, "From the Mosaic to the Melting Pot: Cross-National Reflections on Multiculturalism" in ed. Chadran Kukathas, *Multicultural Citizens: The Philosophy and Politics of Identity*, Sydney, Centre for Independent Studies, 1993, 103.

⁴ *London Borough of Lambeth v. Commission for Racial Equality*, [1990] 1 C.R. 768 C.A.

the social justice model avoid the most obvious difficulty with constitutionally problematic affirmative action, namely getting over the fact that group characteristics such as sex, skin colour, and national origin are often poor indicators of an individual's actual disadvantage and actual need. Problems with that approach remain. Professor Thakur points out that the individuals who benefit most from preferential policies are the members of the target groups whose relative benefits from the program are the smallest, *i.e.* the most economically, socially and educationally advantaged members of the targeted "have-nots". A further dilemma arising from the group-centred approach of the "social justice" model is noted by Abram, who remarks that it is rarely clear which groups are sufficiently disadvantaged to deserve special treatment, nor how the matter should be determined. According to Abram, in the absence of neutral means of determining target groups, affirmative action becomes a "crude political struggle" between groups seeking favoured status. It is the best organized, or most popular groups who are likely to triumph in the struggle. This results in another form of inequality.

IV. LE PARAGRAPHE 15(2) DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

Au Canada, la disposition intéressant directement la promotion sociale est l'art. 15 de la *Charte* qui porte sur les droits à l'égalité:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

Examinons en premier lieu les raisons qui motivent l'inclusion du paragraphe 15(2) dans la *Charte*. Bien que l'on ne puisse savoir exactement pourquoi le par. 15(2) existe, rien ne permet de penser que cette disposition ait été adoptée pour assurer une mise en oeuvre agressive des programmes de promotion sociale fondés sur le modèle de la justice sociale ni pour soustraire aveuglément ces programmes à tout examen constitutionnel. C'est l'opinion exprimée par un tribunal canadien de première instance dans la décision *Re MacVicar and Superintendent of Family and Child Service*,⁵ et par le juge W. S. Tarnopolsky⁶ qui soutient que l'insertion du par. 15(2) à titre de mesure de protection, et non pas à titre de mesure proactive, dans la *Charte* a été «inspirée par une prudence excessive». Selon certains commentateurs, tels Orton⁷ et Tarnopolsky,⁸ le par. 15(2) vient simplement préciser la portée du par. 15(1). Drumble et Craig,⁹ de même que

⁵ (1986), 34 D.L.R. (4th) 488 (C.S. C.-B.).

⁶ «The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1983), 61 *Rev. Bar. Can.* 242, dans N. Finkelstein, *Laskin's Canadian Constitutional Law*, 5^e éd., vol. 2, Toronto, Carswell, 1986, aux pp. 1268 et 1269.

⁷ «Section 15, Benefits Programs and Other Benefits at Law: The Interpretation of Section 15 of the Charter Since Andrews» (1990), 19 *Man. L.J.* 288, à la p. 299.

⁸ Tarnopolsky et Beaudoin, *Charte canadienne des droits et libertés*, 1982, à la p. 551.

⁹ «Affirmative Action in Question: A Coherent Theory for Section 15(2)» (1997), *Review of Constitutional Studies* 80.

Blache,¹⁰ toutefois, estiment que le par. 15(2) figure probablement dans la *Charte* pour rappeler aux tribunaux que lorsqu'il accorde un avantage social aux membres d'un groupe particulier en vue d'améliorer le sort de ce groupe défavorisé, l'État n'exerce pas nécessairement pour autant une discrimination contraire à la Constitution. Au surplus, puisque le par. 15(2) constitue une dérogation aux principes d'égalité inscrits au par. 15(1), il permet de justifier des lois et des programmes qui autrement seraient jugés non conformes au par. 15(1) et dont il faudrait démontrer la justification en application de l'article premier de la *Charte*.

Compte tenu du jeu des paragraphes 15(1) et 15(2) de la *Charte*, il semblerait que le par. 15(2) repose sur une conception de l'égalité fondée sur la justice sociale. À supposer même que soit acceptée l'idée que le par. 15(2) consacre la notion de l'égalité fondée sur le modèle de la justice sociale, qui est lui-même axé sur les groupes, la plupart des auteurs estiment que les problèmes théoriques et pratiques que suscite ce modèle, pris dans leur ensemble, pourraient conduire à adopter une approche prudente à l'égard des mesures de promotion sociale dont la constitutionnalité est douteuse. Les récentes décisions rendues par les tribunaux de la Communauté européenne et la Cour suprême des États-Unis vont effectivement dans ce sens.

V. LES ÉLÉMENTS DÉGAGÉS DE LA JURISPRUDENCE

A) *Scepticisme*

Comme la Cour européenne de justice l'a décidé relativement au par. 2(4) de la directive 76/207, les dérogations au principe de l'égalité de traitement devraient être abordées avec beaucoup de prudence et être interprétées de façon stricte. L'arrêt *Commission c. France*¹¹ montre que la prudence est nécessaire afin de ne pas utiliser à mauvais escient des arguments de promotion sociale pour justifier des programmes qui perpétuent dans les faits les stéréotypes et la discrimination. Le même raisonnement a été adopté par le juge O'Connor de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Adarand Constructors Inc. v. Peña*¹² rendu récemment. Dans cette affaire, la Cour a examiné la constitutionnalité d'un programme fédéral de promotion sociale qui accordait aux entrepreneurs des incitatifs financiers afin qu'ils retiennent les services de sous-traitants contrôlés par des personnes «socialement et économiquement défavorisées». Cette décision revêt une importance considérable parce que les juges majoritaires ont statué que tous les programmes de promotion sociale imposés par le gouvernement et accordant des avantages sociaux aux membres de groupes raciaux défavorisés devaient être considérés avec scepticisme et par conséquent devaient faire l'objet d'un examen rigoureux. Il semble donc que le principe fondamental en matière de promotion sociale soit le scepticisme.

Certains commentateurs, tel Thakur,¹³ ont exprimé l'avis que la promotion sociale fondée sur le modèle de la justice sociale renforçait inéluctablement les stéréotypes au sujet du groupe cible. C'est pourquoi, selon lui, le scepticisme est particulièrement important, surtout si la cour examine la question de savoir si le programme contesté a véritablement un objectif légitime propre à apporter des améliorations à la situation du groupe visé.

Il convient de noter que dans l'arrêt *R. c. Hess et Nguyen*,¹⁴ la Cour suprême du Canada, sous

¹⁰ Pierre Blache, «Affirmative Action: To Equality Through Inequalities?» dans *Litigating the Values of a Nation, The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 1986, Toronto, Carswell.

¹¹ Jugement du 25 octobre 1988, affaire 312/86.

¹² 115 S. Ct. 2097 (1995).

¹³ *Op. cit.*

¹⁴ [1990] 2 R.C.S. 906.

la plume du juge Wilson, met en garde contre la justification des distinctions fondées sur le sexe parce qu'«on a trop souvent invoqué des arguments de ce genre pour justifier des formes de discrimination subtiles et parfois moins subtiles. Ils sont liés à des conceptions populaires, quoique mal fondées en ce qui concerne les forces et les faiblesses d'une personne d'un sexe particulier ou ses capacités et incapacités.»

B) *Approaches*

Both the United States Supreme Court and the European Court of Justice have adopted a similarly cautious attitude with respect to affirmative action, though their interpretative approaches are rather different. While both courts view affirmative action as a derogation from the general principle of equal treatment, and have advocated judicial scepticism as a result, the American Court would apply strict scrutiny to any race-based benign discrimination conferring a social benefit of any sort. Meanwhile, the European Court has distinguished between equality of opportunity and equality of result in the recent case of *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*.¹⁵ This distinction flows from the actual wording of section 2(4) of Directive 76/207. In this famous case, the court was required to judge the lawfulness of the City of Bremen's policy of preferring a woman over an equally qualified man in order to remedy conspicuous under-representation of women in specific job classes. The court had no hesitation in declaring the policy to be an unlawful breach of the principle of equal treatment of men and women. The European Court has distinguished between impermissible "results" programs, which allocate actual jobs to women, and permissible "opportunity" programs, which allocate other benefits like training for women. In this view, vocational training promotes equality of opportunity as opposed to equality of results and is therefore a permissible group-based derogation from equal treatment. The focus on the starting point can only be accompanied by out-reach measures. Bernard Williams¹⁶ decries the fact that this approach ignores the more substantive demand that all persons have an equal chance of satisfying the criteria governing the merit principle. In essence, the "opportunity" approach focusses on the individual by rejecting numerical equality.

The standard of strict scrutiny developed by the United States Supreme Court, particularly in *Adarand*,¹⁷ requires that a racial preference be implemented for a "compelling" purpose, and that it be "narrowly tailored" to achieve that purpose. Thus, the court has not totally turned its back on federal affirmative action. It must be noted also that the intermediate standard is still applied to gender distinctions.¹⁸

Generally, to satisfy the "compelling" purpose requirement under the strict scrutiny test, the relevant governmental body will be required to show that it has engaged in prior discrimination, and to demonstrate through strong evidence that remedial action is warranted. But even here the distinctions are subtle. For instance in *University of California v. Bakke*,¹⁹ Justice Powell rejects the goal of helping groups perceived as victims of discrimination but accepts the goal of providing more professionals for serving the special needs of an under-served community. This goal was however not sufficient to justify a quota.

The United States Supreme Court, as part of its strict scrutiny standard for race-based benign

¹⁵ [1995] E.C.R. I-3051.

¹⁶ "The Idea of Equality", in Phaslett and W.G. Rusciman, *Philosophy, Politics and Society*, (2nd ser. 1965) 110, at pp. 125-26.

¹⁷ *Supra*.

¹⁸ *Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney*, 422 U.S. 256 (1972).

¹⁹ 438 U.S. 265 (1978).

discrimination, applies a form of rational connection under which the requirement for discrimination is "necessary" for attaining a compelling state interest. In Canada, this type of rational connection first emerged in *Silano v. British Columbia*.²⁰ In applying section 15(2), the trial court concluded that persons over the age of 26 were not shown to be more disadvantaged by reason of age than those under the age of 26. Basing a distinction on this age difference was therefore irrational. This type of rational connection was endorsed by the majority in *Re Ontario Human Rights Commission v. Ontario*²¹ with regard to section 14(1) of the *Ontario Human Rights Code*.

C) *Discrimination minimale*

Aux États-Unis, même s'il vise un objectif «impérieux», le programme de promotion sociale peut ne pas résister à l'examen constitutionnel parce qu'il doit être «parfaitement adapté» à l'objectif visé lorsqu'il existe une solution de rechange neutre sur le plan racial qui permet d'atteindre l'objectif.

Ce critère a également été retenu par la jurisprudence canadienne. Dans l'arrêt *OHRC*,²² par exemple, le juge Houlden a décidé que le ministère de la Santé ontarien aurait pu atteindre son objectif de promotion sociale, qui était d'offrir un soutien financier aux citoyens ayant une déficience visuelle, par l'application d'un critère lié aux revenus.

D) *Limites temporelles*

Dans l'arrêt *City of Richmond v. J.A. Croson*,²³ la Cour suprême des États-Unis a décidé qu'un programme de promotion sociale sera davantage susceptible d'être jugé conforme à la Constitution selon le critère de l'«adaptation parfaite» s'il est mis en oeuvre à titre de mesure temporaire en vue d'améliorer la situation, plutôt qu'à titre de mécanisme permanent de prestation des avantages sociaux. Ce point de vue est également celui de l'avocat général Tésauro dans l'arrêt européen *Kalanke*.²⁴

E) *Incidence et fardeau injustifié*

Dans ses décisions en matière de promotion sociale, et plus particulièrement dans l'arrêt *City of Richmond*,²⁵ la Cour suprême des États-Unis examine la question de savoir si le fardeau imposé aux non-bénéficiaires n'est pas «indûment lourd».

Cette notion s'apparente au critère de «l'injustice disproportionnée» formulé dans la décision *R. v. Willocks*²⁶ prononcée par un tribunal canadien de première instance. Il convient de noter que certains auteurs, tels Drumbl et Craig,²⁷ estiment que cette norme pourrait s'avérer trop peu élevée compte tenu de la nécessité d'une approche stricte fondée sur le scepticisme. Selon eux, la question déterminante est celle de savoir si les moyens choisis pour améliorer la situation des

²⁰ (1987), 42 D.L.R. (4th) 407 (B.C.S.C.).

²¹ (1994), 19 O.R. (3d) 387 (C.A.).

²² *Supra*.

²³ 469 U.S. 493 (1989).

²⁴ *Supra*.

²⁵ (1995), 22 O.R. (3d) 552 (Div. gén.).

²⁶ *Supra*.

²⁷ *Loc. cit.*

groupes défavorisés sont proportionnés. Il faut rappeler que les mesures de promotion sociale dont la constitutionnalité est douteuse imposeront toujours un fardeau ou un désavantage à ceux qui sont exclus du programme. Il s'agit donc de déterminer le seuil au-delà duquel le fardeau imposé aux exclus dans un souci de réduction du nombre des défavorisés sera jugé non conforme à la Constitution.

VI. CONCLUSION

Section 15(2) of the *Charter* has seen little judicial interpretation. Nevertheless, a review of the jurisprudence that does exist demonstrates that courts have generally resisted permitting governments to legitimize discriminatory treatment under section 15(2), narrowing the potential scope of the provision.

There is still great uncertainty regarding the guiding principles for the interpretation of section 15(2). Is the individual equality of opportunity goal at the centre of section 15(2), or does the section favour a collectivist approach? Does section 15(2) permit equality of results, and in that case, does it authorize quotas under the proportional approach sometimes invoked? Does section 15(2) authorize only temporary measures? Is there a requirement of proof of past discrimination or is section 15(2) a valid means of justifying administrative programs affecting segments of the public not labelled as discriminators?

It is not possible to predict whether litigation under section 15(2) will be substantial over the next few years. Nevertheless, it is necessary to reflect on the interaction of subsections 15(1) and (2) of the *Charter* and the principles that should guide the courts in determining their related scope. I hope this brief overview will encourage you to participate in this necessary debate.

