

# *Symes v. Canada*

Melina Buckley

## *Author's Note*

The result in *Symes v. Canada* is troubling on a number of levels. The failure to challenge the long-standing social norms associated with gender roles and the division of labour in the household and the lack of acknowledgment of the public good of caring for children continue to cast a long shadow on the struggle for women's equality. At the same time, the tax rules at issue in the case afford only a narrow opportunity to recognize the important connection between women's inequality and society's continued failure to ensure that women do not bear unfair burdens as an incident of motherhood. Nor does the claim give rise to a comprehensive solution to the urgent need for publicly funded high-quality childcare and the undervaluing of the work of childcare providers. The case was controversial within the women's movement in Canada for precisely these reasons. My aim in re-casting *Symes* was to fully address the substantive equality concerns in this case, which I see as a limited but important opportunity to press for the reconstruction of tax systems and employment systems so that they fully reflect women's realities as well as men's.

I have a personal interest in *Symes* because I served as co-counsel with J.J. Camp, Q.C., to the intervenor, the Canadian Bar Association, in the Supreme Court of Canada. It was my first major equality rights case. The Women's Court of Canada project has provided me with an opportunity to explore my initial sense of outrage at, and long-simmering dissatisfaction with, the majority decision in a concrete, disciplined fashion. More importantly, it was a chance to develop an equality analysis that can discern and address the structural, as opposed to the biological, dimensions of women's inequality. I took seriously the structure and authoritative voice necessitated by the judgment format. While I wrote with a heightened sense of responsibility for every word, I thoroughly enjoyed the exercise.

At a conceptual level, I wanted to explore the role of Canadian courts in advancing social justice through the adjudication of equality rights claims. My starting point is that Canadian governments have repeatedly committed themselves to equality through ratification of international human rights instruments and the adoption and gradual strengthening of domestic human rights legislation. The Canadian Constitution is the cornerstone to this

commitment to equality. While these equality guarantees have an aspirational character, they also embody Canada's practical commitment to social justice.

I wanted to further develop the concept of transformative human rights practices, which I define as practices that interrupt the dynamic through which inequalities are created and re-created and substitute practices that create and re-create equality on an ongoing and daily basis. Constitutional review is one important, but by no means the only, avenue both for uncovering the structures of inequality as they manifest themselves in government actions, laws, and policies and for initiating steps towards the creation of equality. In this reconsideration of *Symes*, I highlight two features of transformative human rights practices in constitutional litigation: the need for judges to employ a substantive rather than an abstract conception of equality and the need to pay attention to the narrative and voices of women. More particularly, I wanted to employ Patricia Hughes's idea of substantive equality as a fundamental constitutional principle in order to carry out statutory interpretation fully infused with equality norms.

A second focus is on exploring the government's positive duty to promote equality. I was also intent on clarifying the correct approach to analyzing adverse effects discrimination and the evidence required to substantiate this type of equality rights claim. Finally, at the end of my reconsideration, I introduce a remedial twist in which the Women's Court of Canada orders that the Canadian government initiate an inquiry into the broader issues raised by Ms. Symes's claim. In a society truly committed to achieving equality, such an institutional arrangement by which a court takes greater jurisdiction over the unresolved issues of the discrimination borne by women due to inadequate governmental childcare policies would not be controversial. I introduce this idea as a reminder of the essential openness of our justice system and court procedures. It serves as a hint of the glimmering possibilities of novel approaches to equality rights litigation.

### *Note de l'auteure*

Le résultat de l'affaire *Symes c. Canada* pose problème pour de multiples raisons. La lutte des femmes pour l'égalité est encore marquée par la persistance des normes sociales de longue date régissant les rapports de sexe et la répartition du travail domestique ainsi que l'occultation de l'intérêt public dans les soins des enfants. En même temps, les règles fiscales en litige dans l'affaire ne permettent qu'une petite ouverture dans la reconnaissance du lien important entre l'inégalité des femmes et le défaut continu de la société d'assurer que les femmes ne portent pas une part injuste des charges qui découlent de la maternité. Le recours n'ouvre pas non plus la porte à une solution d'ensemble concernant le besoin urgent de garderies subventionnées, de haute qualité, ni à la sous-évaluation systématique du travail des personnes

qui s'occupent enfants. Ce sont là précisément les raisons pour lesquelles la cause a soulevé tant de controverse au sein du mouvement des femmes au Canada. J'avais pour but, dans le réexamen de l'affaire *Symes*, d'aborder de façon exhaustive les questions d'égalité substantive soulevées par cette affaire que je perçois comme une occasion limitée, mais néanmoins importante, de presser le gouvernement à reconstruire les régimes fiscaux et les régimes d'emploi de façon à refléter pleinement les réalités des femmes aussi bien que des hommes.

J'ai un intérêt personnel dans l'affaire *Symes* puisque j'étais coproceure avec J.J. Camp, c.r., auprès de l'Association du Barreau canadien, partie intervenante devant la Cour suprême du Canada. C'était ma première cause importante touchant les droits à l'égalité. Le Tribunal des Femmes du Canada m'a fourni l'occasion d'explorer, d'une manière concrète et disciplinée, mon sentiment initial d'indignation et d'insatisfaction longuement mijotée quant à la décision de la majorité. Plus important encore, cela m'a donné la chance de mettre au point une analyse de l'égalité qui peut discerner et reconnaître les dimensions structurelles, plutôt que biologiques, de l'inégalité des femmes. J'ai pris très au sérieux la structure et la voix d'autorité qu'impose la facture d'un jugement. J'ai bien aimé l'exercice, même si j'ai dû peser chaque mot, consciente d'un sens de responsabilité accru.

Au niveau conceptuel, je voulais explorer le rôle des tribunaux canadiens dans la promotion de la justice sociale par l'adjudication des revendications de droits à l'égalité. J'ai choisi comme point de départ, le fait que les gouvernements canadiens se soient engagés à réaliser l'égalité à de multiples reprises par la ratification d'instruments internationaux touchant les droits de la personne aussi bien que par l'adoption et le renforcement progressif des lois canadiennes touchant ces mêmes droits. La Constitution du Canada est la pierre angulaire de cet engagement à réaliser l'égalité. Même si les garanties d'égalité revêtent un caractère idéaliste, elles incorporent aussi un engagement pratique du Canada à l'égard de la justice sociale.

Je voulais approfondir le concept des pratiques de transformation des droits de la personne, que je définis comme des pratiques qui interrompent la dynamique établie par laquelle les inégalités sont créées et recrées pour leur substituer des pratiques qui créent et recréent l'égalité dans le quotidien. Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité est une avenue importante, mais pas unique, pour mettre à jour les structures de l'inégalité telles qu'elles se manifestent dans les actions, les lois et les politiques du gouvernement et pour prendre des mesures visant à la réalisation de l'égalité. Dans le présent réexamen de l'affaire *Symes*, j'insiste sur deux éléments des pratiques de transformation des droits de la personne dans un litige constitutionnel: la nécessité pour les juges d'employer une conception substantive plutôt qu'abstraite de l'égalité et la nécessité de prendre en compte les récits et les voix des femmes. Plus particulièrement, je voulais utiliser l'idée de Patricia Hughes

selon laquelle l'égalité substantive constitue un principe constitutionnel fondamental qui assure une interprétation des textes de lois déjà imprégnée de normes d'égalité.

Je voulais également explorer le devoir positif du gouvernement de promouvoir l'égalité, tout en clarifiant la démarche appropriée pour analyser les cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable ainsi que les preuves nécessaires pour fonder ce genre de recours. En conclusion, à la fin de mon réexamen, j'ajoute une réparation inusitée: le Tribunal des Femmes du Canada ordonne au gouvernement du Canada de procéder à une enquête sur les questions plus vastes soulevées par le recours de Maître Symes. Dans une société véritablement engagée à réaliser l'égalité, ne devrait pas soulever la controverse une telle institution juridique par laquelle un tribunal prendrait d'office l'initiative quant aux questions non résolues de la discrimination subie par les femmes en raison des politiques inadéquates du gouvernement quant aux garderies. Je lance cette idée pour rappeler l'ouverture essentielle de notre système de justice et des procédures devant les tribunaux. Elle indique le brillant potentiel de démarches originales dans les litiges mettant en cause les droits à l'égalité.