

Susie Adler, Mark Grossman, Paula
Kezwer, Marcy Rapp and Riky
Young *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in Right of
Ontario, the Minister of Education and the
Minister of Health *Respondents*

and between

Leo Elgersma, Harry Pott, Raymond
Dostal, Harry Fernhout and the Ontario
Alliance of Christian School
Societies *Appellants*

v.

The Attorney General for Ontario, the
Minister of Education and the Minister of
Health *Respondents*

and

The Attorney General of Quebec, the
Attorney General for Saskatchewan, the
Ontario Multi-Faith Coalition for Equity in
Education, the Ontario Federation of
Independent Schools, the Metropolitan
Toronto School Board and the Ontario
Public School Boards' Association and the
Canadian Civil Liberties
Association *Intervenors*

INDEXED AS: ADLER v. ONTARIO

File No.: 24347.

1996: January 23, 24; 1996: November 21.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and
Major JJ.

Susie Adler, Mark Grossman, Paula
Kezwer, Marcy Rapp et Riky
Young *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario, le
ministre de l'Éducation et le ministre de la
Santé *Intimés*

et entre

Leo Elgersma, Harry Pott, Raymond
Dostal, Harry Fernhout et Ontario Alliance
of Christian School Societies *Appellants*

c.

Le procureur général de l'Ontario, le
ministre de l'Éducation et le ministre de la
Santé *Intimés*

et

Le procureur général du Québec, le
procureur général de la Saskatchewan,
Ontario Multi-Faith Coalition for Equity in
Education, Ontario Federation of
Independent Schools, le Conseil scolaire de
la communauté urbaine de Toronto et
l'Association des conseils scolaires publics de
l'Ontario et l'Association canadienne des
libertés civiles *Intervenants*

RÉPERTOIRE: ADLER c. ONTARIO

N° du greffe: 24347.

1996: 23, 24 janvier; 1996: 21 novembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin,
Iacobucci et Major.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights (freedom of religion (s. 2(a)) and equality rights (s. 15(1))) and Constitution Act, 1867 (education rights of Roman Catholics and Protestants in Ontario and Quebec respectively (s. 93)) — Education funding — Dissident religion-based schools — Secular and Roman Catholic schools receiving both funding and School Health Support Services for disabled students — Dissident religion-based schools receiving neither — Whether denial of funding to religion-based independent schools an infringement of s. 2(a) Charter guarantee of freedom of religion — If so, whether justified under s. 1 — Whether denial of funding to dissident religion-based schools an infringement of equality provisions of s. 15 of the Charter — If so, whether justified under s. 1 — Whether denial of School Health Support Services to dissident religion-based schools an infringement of s. 2(a) Charter guarantee of freedom of religion — If so, whether justified under s. 1 — Whether denial of School Health Support Services to dissident religion-based schools an infringement of equality provisions of s. 15 of the Charter — If so, whether justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), 15(1), 27 — Constitution Act, 1867, s. 93(1), (2), (3), (4) — Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, ss. 1(1), 21(1)(a), (b), (2)(a), 70(1)(a), (b) — R.R.O. 1990, Reg. 552, ss. 13(1), 14(1), (2).

The appellants, by reason of religious or conscientious beliefs, send their children to private religious schools. The "Adler appellants" sought a declaration that non-funding of Jewish schools in Ontario was unconstitutional. The "Elgersma appellants" sought, among other relief, a declaration that the non-funding of independent Christian schools infringed their *Charter* rights. Both applications included claims with respect to the School Health Support Services Program ("SHSSP") which provides health support services at school to students. The trial judge found that the appellants' religious and equality rights guaranteed under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were infringed but that the legislation was justified under s. 1. The Court of Appeal found that s. 2(a) of the *Charter* did not provide a positive entitlement to state support for the exercise of

Droit constitutionnel — Charte des droits (liberté de religion (art. 2a)) et droits à l'égalité (art. 15(1))) et Loi constitutionnelle de 1867 (droits à l'éducation des catholiques romains et des protestants en Ontario et au Québec respectivement (art. 93)) — Financement de l'éducation — Écoles confessionnelles dissidentes — Écoles laïques et catholiques romaines recevant des fonds et des services de santé pour enfants d'âge scolaire destinés aux élèves handicapés — Écoles dissidentes ne recevant pas ce financement et ces services — Le refus de financer les écoles confessionnelles indépendantes constitue-t-il une atteinte à la liberté de religion garantie par l'art. 2a) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l'article premier? — Le refus de financer les écoles confessionnelles dissidentes constitue-t-il une atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l'article premier? — Le refus de dispenser des services de santé pour enfants d'âge scolaire aux écoles confessionnelles dissidentes constitue-t-il une atteinte à la liberté de religion garantie par l'art. 2a) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l'article premier? — Le refus de dispenser des services de santé pour enfants d'âge scolaire aux écoles confessionnelles dissidentes constitue-t-il une atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), 15(1), 27 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93(1), (2), (3), (4) — Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 1(1), 21(1)a), b), (2)a), 70(1)a), b) — R.R.O. 1990, règl. 552, art. 13(1), 14(1), (2).

Pour des raisons de conscience ou de croyances religieuses, les appelants envoient leurs enfants à l'école confessionnelle privée. Les appelants du groupe Adler ont demandé un jugement déclarant que l'omission de financer les écoles juives en Ontario était inconstitutionnelle. Les appelants du groupe Elgersma ont demandé un jugement déclarant que l'omission de financer les écoles chrétiennes indépendantes portait atteinte aux droits qui leur sont garantis par la *Charte*. Les demandes des deux groupes comportaient des revendications concernant le programme de services de santé pour enfants d'âge scolaire, qui prévoit la prestation de ces services à l'école. Le juge de première instance a conclu qu'il y avait eu atteinte à la liberté de religion et aux droits à l'égalité garantis aux appelants par la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais que la loi en cause

one's religious practice and that any infringement was justified under s. 1. The majority found that there was not sufficient factual foundation with respect to the School Health Support Services Program.

The constitutional questions before this Court queried: (1) whether the definitions of "board" and "school" in s. 1(1) of the *Education Act*, together with the annual general legislative grants, infringe or deny the appellants' freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter* or their s. 15(1) equality rights by not providing funding to dissentient religion-based schools, and if so, is this non-funding justified under s. 1, and (2), whether s. 14 of Regulation 552, R.R.O. 1990, which prescribed school health support services as insured services to an insured person who is placed in a special education program in a "school" as defined in s. 1(1) of the *Education Act*, but not to an insured person in a dissentient religion-based school, infringes or denies the appellants' freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter* or their s. 15(1) equality rights by not providing these services to dissentient religion-based independent schools, and if so, was this withholding of services justified under s. 1.

Held (McLachlin J. dissenting in part and L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Funded Education

Per Lamer C.J. and La Forest, Gonthier, Cory and Iacobucci J.J.: Section 93 of the *Constitution Act, 1867* is the product of a historical compromise crucial to Confederation and forms a comprehensive code with respect to denominational school rights which cannot be enlarged through the operation of s. 2(a) of the *Charter*. It does not represent a guarantee of fundamental freedoms. The appellants, given that they cannot bring themselves within the terms of s. 93's guarantees, have no claim to public funding for their schools. To decide otherwise by accepting the appellants' claim that s. 2(a) requires public funding of their dissentient religion-

était justifiée au sens de l'article premier. La Cour d'appel a statué que l'al. 2a) de la *Charte* ne conférait pas un droit positif à ce que l'État soutienne la pratique religieuse d'une personne et que toute violation était justifiée au sens de l'article premier. La cour à la majorité a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment de faits relativement au programme de services de santé pour enfants d'âge scolaire.

Notre Cour était appelée à répondre aux questions constitutionnelles suivantes: (1) Les définitions des termes «conseil» et «école» au par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, de même que les subventions générales annuelles accordées, portent-elles atteinte à la liberté de religion garantie aux appelants par l'al. 2a) de la *Charte* ou aux droits à l'égalité qui leur sont garantis par le par. 15(1), en ne prévoyant pas le financement des écoles confessionnelles dissidentes, et, dans l'affirmative, cette omission de financer est-elle justifiée au sens de l'article premier? Et (2), l'art. 14 du règlement 552, R.R.O. 1990, qui prescrit, à titre de services assurés, des services de santé pour enfants d'âge scolaire à une personne assurée inscrite à un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté dans une «école» au sens du par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, mais non à une personne assurée dans une école confessionnelle indépendante, porte-t-il atteinte à la liberté de religion garantie aux appelants par l'al. 2a) de la *Charte* ou aux droits à l'égalité qui leur sont garantis par le par. 15(1), du fait qu'il ne prévoit pas la prestation de ces services aux écoles confessionnelles indépendantes dissidentes, et, dans l'affirmative, ce refus de dispenser des services est-il justifié au sens de l'article premier?

Arrêt (le juge McLachlin est dissidente en partie et le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

Le financement de l'éducation

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier, Cory et Iacobucci: L'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est le fruit d'un compromis historique décisif quant à la Confédération et il établit, en ce qui concerne les droits relatifs aux écoles confessionnelles, un code complet dont la portée ne saurait être élargie par l'application de l'al. 2a) de la *Charte*. Il ne constitue pas une garantie de libertés fondamentales. Vu qu'ils ne peuvent pas s'assujettir aux conditions des garanties de l'art. 93, les appelants n'ont pas le droit de réclamer le financement public de leurs écoles. Statuer autrement en faisant droit à la prétention des appelants

based schools would be to hold one section of the Constitution violative of another.

Section 93(1) requires the Ontario government to fund Roman Catholic separate schools fully. The claim that the government's choice to fund Roman Catholic separate schools but not other religious schools contravened the equality provisions of s. 15(1) of the *Charter* should be rejected for two reasons. First, the decision falls "fairly and squarely" within s. 29 of the *Charter* which explicitly exempts from *Charter* challenge all rights and privileges "guaranteed" under the Constitution in respect of denominational, separate or dissentient schools. Second, the decision is nonetheless "immune" from *Charter* review because it was made pursuant to the plenary power in relation to education granted to the provincial legislatures as part of the Confederation compromise. One part of the Constitution cannot be used to interfere with rights protected by a different part of that same document.

Public schools are contemplated by the terms of s. 93, as it applies to Ontario. In order to claim the protection of s. 93, it must be shown that there was a right or privilege with respect to denominational schooling which was enjoyed by a class of persons by law at the time of union. This section raised denominational school rights and privileges, which were created by ordinary pre-Confederation legislation and which were equated by that legislation with those of the public schools, to the status of constitutional norms. The result is that public schools are part and parcel of s. 93's comprehensive code. Accordingly, public schools are impliedly but nonetheless clearly within the terms of the regime set up by s. 93 and, consequently, receive a protection against constitutional or *Charter* attack. This protection exists despite the fact that public school rights are not themselves constitutionally entrenched. It is the province's plenary power to legislate with regard to public schools which are open to all members of society without distinction that is constitutionally entrenched.

The province remains free to exercise its plenary power with regard to education in whatever way it sees fit, subject to the restrictions relating to separate schools imposed by s. 93(1). The province's legislative power is not limited to the public and Roman Catholic school systems. However, legislation in respect of education

que l'al. 2a) requiert le financement public de leurs écoles confessionnelles dissidentes reviendrait à conclure qu'un article de la Constitution en viole un autre.

Le paragraphe 93(1) exige que le gouvernement de l'Ontario finance les écoles catholiques romaines séparées. Il y a lieu de rejeter, pour deux raisons, l'allégation selon laquelle le choix du gouvernement de financer les écoles catholiques romaines séparées, mais pas les autres écoles confessionnelles, contrevient aux droits à l'égalité garantis par le par. 15(1) de la *Charte*. Premièrement, la décision est «nettement» visée par le texte de l'art. 29 de la *Charte* qui soustrait explicitement à toute contestation fondée sur la *Charte* tous les droits et privilèges «garantis» en vertu de la Constitution relativement aux écoles séparées et aux autres écoles confessionnelles. Deuxièmement, la décision échappe néanmoins à tout examen fondé sur la *Charte* du fait qu'elle a été prise conformément au pouvoir absolu en matière d'éducation accordé aux assemblées législatives provinciales dans le cadre du compromis confédéral. On ne saurait se servir d'une partie de la Constitution pour empiéter sur des droits protégés par une autre partie du même document.

Les écoles publiques sont prévues par le texte de l'art. 93, tel qu'il s'applique à l'Ontario. Pour revendiquer la protection de l'art. 93, il faut démontrer qu'une catégorie de personnes jouissait, en vertu de la loi, lors de l'Union, d'un droit ou d'un privilège relativement aux écoles confessionnelles. Cette disposition élève au rang de normes constitutionnelles les droits et les privilèges relatifs aux écoles confessionnelles, qui avaient été créés par des lois ordinaires avant la Confédération et qui étaient assimilés, par ces lois, aux droits et privilèges relatifs aux écoles publiques. Il en résulte que les écoles publiques font partie intégrante du code complet de l'art. 93. Par conséquent, les écoles publiques sont implicitement mais néanmoins clairement visées par le régime établi à l'art. 93 et sont donc protégées contre toute contestation fondée sur la Constitution ou la *Charte*. Cette protection existe même si les droits relatifs aux écoles publiques ne sont pas eux-mêmes constitutionnalisés. C'est le pouvoir absolu de la province de légiférer relativement aux écoles publiques, qui sont accessibles à tous les membres de la société, sans distinction, qui est constitutionnalisé.

La province demeure libre d'exercer, comme elle l'entend, son pouvoir absolu en matière d'éducation, sous réserve des restrictions relatives aux écoles séparées imposées par le par. 93(1). Le pouvoir législatif de la province n'est pas limité aux régimes d'écoles publiques et d'écoles catholiques romaines. Cependant,

could be subject to *Charter* scrutiny whenever the government decides to go beyond the confines of this special mandate to fund Roman Catholic separate schools and public schools.

Per Sopinka and Major JJ.: Nothing in s. 93(3) of the *Constitution Act, 1867* restricts extending funding to others. This provision specifically contemplates the exercise of the plenary power to create a "System of Separate or Dissident Schools" where one does not exist. Neither the legislation funding public schools nor legislation extending funding to the appellants' schools would be within the terms of s. 93(3). It would not affect any right or privilege of the Protestant or Roman Catholic minority and it would not establish a system of separate or dissident schools.

When the province exercises its plenary power outside of the areas specified in s. 93(1) and (3), any distinctions violating the *Charter* are not "expressly permitted" or even contemplated. Legislation in such cases is no different from legislation under any of the heads of s. 92. Giving effect to the *Charter* will not invalidate any power conferred by s. 93.

Certain rights and privileges of the Protestant majoritarian schools do not *ipso facto* receive constitutional protection because they are relevant in identifying the rights and privileges of Roman Catholic schools. The rights and privileges of public schools are merely the benchmarks for ascertaining the rights and privileges of separate schools. Certain provisions of pre-Confederation statutes gave separate schools the same rights as enjoyed by public schools. While the terms of those statutes are relevant to ascertain what these rights and privileges are, the statutes themselves are not given constitutional status. Only the rights and privileges of separate schools are given constitutional protection.

Legislation under the plenary power relating to funding for secular schools is not insulated from *Charter* attack. In this regard such legislation is no different in character than legislation passed under any of the powers in s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. The exercise of the plenary power in relation to the matters specifically authorized by s. 93(3), however, is immune. Section 93(3) specifically authorizes distinctions to be made that would otherwise contravene the *Charter*. The

une loi relative à l'éducation pourrait être assujettie à un examen fondé sur la *Charte* chaque fois que le gouvernement décide d'aller au-delà de son mandat de financer les écoles catholiques romaines séparées et les écoles publiques.

Les juges Sopinka et Major: Rien dans le par. 93(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne restreint le financement d'autres écoles. Il prévoit explicitement l'exercice du pouvoir absolu pour établir un «système d'écoles séparées ou dissidentes» là où il n'en existe pas. Ni la loi sur le financement des écoles publiques ni une loi prescrivant le financement des écoles des appelants ne seraient visées par le par. 93(3). Une telle loi ne porterait pas atteinte à un droit ou à un privilège de la minorité protestante ou catholique romaine et elle n'établirait pas un système d'écoles séparées ou dissidentes.

Lorsque la province exerce son pouvoir absolu en dehors des domaines mentionnés aux par. 93(1) et (3), une distinction qui viole la *Charte* n'est pas «expressément autorisée» ni même prévue. Dans ces cas, la situation de la loi en cause n'est pas différente de celle d'une loi adoptée en vertu de l'un ou l'autre des chefs de compétence énumérés à l'art. 92. Appliquer la *Charte* n'invalidera aucun pouvoir conféré par l'art. 93.

Parce qu'ils sont pertinents pour déterminer les droits et privilèges des écoles catholiques romaines, certains droits et privilèges des écoles protestantes de la majorité ne bénéficient pas, par le fait même, de la protection de la Constitution. Les droits et privilèges des écoles publiques ne constituent que des points de repère pour déterminer les droits et privilèges des écoles séparées. Certaines dispositions des lois en vigueur avant la Confédération conféraient aux écoles séparées les mêmes droits que ceux dont jouissaient les écoles publiques. Bien que le texte de ces lois soit pertinent pour déterminer quels étaient ces droits et privilèges, ces lois elles-mêmes n'ont pas un statut constitutionnel. Seuls les droits et privilèges des écoles séparées étaient protégés par la Constitution.

Une loi sur le financement d'écoles laïques, adoptée en vertu du pouvoir absolu, n'échappe pas à une contestation fondée sur la *Charte*. À cet égard, la nature d'une telle loi n'est pas différente de celle d'une loi adoptée en vertu de l'un ou l'autre pouvoir énuméré à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, l'exercice du pouvoir absolu, relativement aux questions explicitement autorisées par le par. 93(3), est à l'abri d'une telle contestation. Le paragraphe 93(3) permet explicitement d'établir des distinctions qui contreviendraient par ailleurs à la *Charte*. La nature du pouvoir absolu lui-même

plenary power itself was no different in character than any of the powers in s. 92.

Some overlap exists between the claims based on s. 2(a) and s. 15 of the *Charter*. Neither section is infringed even if the non-funding of private religious schools imposes an economic disadvantage in relation to parents who send their children to secular public school. Nothing in the *Education Act* relating to mandatory education *per se* involves a breach of appellants' rights under s. 2(a) of the *Charter*. The Act allows for the provision of education within a religious school or at home and does not compel the appellants to act in any way that infringes their freedom of religion.

The distinction made between the Roman Catholic schools and other religious schools is constitutionally mandated and cannot be the subject of a *Charter* attack. The legislation is not the source of any distinction amongst all the groups whose exercise of their religious freedom involves an economic cost. Any disadvantage flows exclusively from their religious tenets. Failure to act in order to facilitate the practice of religion cannot be considered state interference with freedom of religion. Not providing funding for private religious education does not infringe the freedom to educate children in accordance with religious beliefs where there is no restriction on religious schooling. Moreover, the cost of sending their children to private religious schools is a natural cost of the appellants' religion and does not, therefore, constitute an infringement of their freedom of religion protected by s. 2(a) of the *Charter*.

The distinction in the *Education Act* between public and private school funding does not meet the threshold stage of the s. 15 inquiry. The Act, as well, does not give rise to adverse effect discrimination. No distinction is made between the appellants and other groups on the basis of a particular characteristic common to the appellants. That the appellants feel compelled to send their children to private school because of a personal characteristic (religion) with the effect that they are unable to benefit from publicly funded schooling is not an effect arising from the statute.

If the distinctions relied on by the appellants do not arise as a result of the legislation, no governmental action is involved to which s. 15 can attach. No govern-

n'était pas différente de celle de l'un ou l'autre pouvoir énuméré à l'art. 92.

Il existe un chevauchement entre les revendications fondées sur l'al. 2a) et celles fondées sur l'art. 15 de la *Charte*. Il n'y a atteinte à ni l'une ni l'autre de ces dispositions même si le non-financement des écoles confessionnelles privées crée un désavantage économique par rapport aux parents qui envoient leurs enfants à l'école laïque publique. La *Loi sur l'éducation* ne renferme rien sur l'instruction obligatoire qui comporte, en soi, une violation des droits garantis aux appelants par l'al. 2a) de la *Charte*. La Loi permet la prestation de l'enseignement dans une école confessionnelle ou à la maison, et elle ne force pas les appelants à agir d'une façon qui contrevient à leur liberté de religion.

La distinction entre les écoles catholiques romaines et les autres écoles confessionnelles est prescrite par la Constitution et ne peut faire l'objet d'une contestation fondée sur la *Charte*. La loi en cause n'est la source d'aucune distinction entre les groupes dont l'exercice de la liberté religieuse comporte un coût économique. Tout désavantage qu'ils subissent découle exclusivement de leurs principes religieux. L'omission d'agir pour faciliter la pratique de la religion ne saurait être considérée comme une ingérence de l'État dans la liberté de religion. Le non-financement de l'enseignement religieux privé ne constitue pas une atteinte à la liberté d'éduquer les enfants en conformité avec des croyances religieuses lorsqu'il n'existe pas de restriction à l'enseignement religieux. De plus, ce qu'il en coûte aux appelants pour envoyer leurs enfants dans des écoles confessionnelles privées est un coût qui découle naturellement de leur religion et qui ne saurait donc constituer une atteinte à la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte*.

La distinction établie dans la *Loi sur l'éducation* entre les écoles publiques et les écoles privées quant au financement ne satisfait pas à l'étape préliminaire de l'examen fondé sur l'art. 15. De même, la Loi n'engendre pas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Aucune distinction fondée sur une caractéristique particulière commune aux appelants n'est établie entre les appelants et d'autres groupes. Le sentiment que les appelants ont d'être obligés d'envoyer leurs enfants à l'école privée en raison d'une caractéristique personnelle (leur religion) et l'incapacité dans laquelle ils se voient de bénéficier de l'enseignement financé par l'État ne constituent pas un effet découlant de la Loi.

Si les distinctions invoquées par les appelants ne résultent pas de la loi en cause, il n'existe aucune mesure gouvernementale à laquelle peut s'appliquer

ment action compelled the appellants to send their children to private, religious-based independent schools. They were free to send their children to secular public schools maintained at public expense. Their decision not to do so was solely a response to their religious beliefs and not a result of any government action.

The threshold stage of a s. 15 inquiry is not met and there is no distinction to consider in the second stage, namely as to whether or not discrimination results from such a distinction. No distinction based on personal characteristics was shown to be drawn by the *Education Act* (either directly or indirectly) between the appellants and others. Not being able to take advantage of the public school system does not result from the *Education Act* but rather from the combination of the appellants' religious beliefs and the imperatives of the *Charter* as they apply to the exercise of the province's plenary power over education.

Even if the appellants had succeeded in showing that the legislation created a distinction, they would not have succeeded in demonstrating that this distinction amounts to discrimination on the basis of religion. The only ground of distinction in this case is between "public" institutions, which are funded by the government, and "private/independent" institutions, which do not receive funding from the government. No private schools receive funding whether they are religious or secular. No religion is given preferential treatment within the system. The distinction between "private" and "public" institutions is neither an enumerated nor an analogous ground in s. 15 of the *Charter*.

Per McLachlin J. (dissenting in part): Section 93 of the *Constitution Act, 1867* is not a code ousting the operation of the *Charter* and was not intended to do more than guarantee school support for the Roman Catholic or Protestant minorities in Ontario and Quebec respectively. Provinces exercising their plenary powers to provide education services must, subject to this restriction, comply with the *Charter*.

The s. 2(a) *Charter* guarantee of freedom of religion was not infringed. The requirement of mandatory education does not conflict with the constitutional right of parents to educate their children as their religion dictates. The *Education Act* does not require children to attend either secular or Roman Catholic schools. Indeed, s. 21 excuses children from school attendance if they are receiving satisfactory instruction elsewhere. In deter-

l'art. 15. Aucune mesure gouvernementale n'obligeait les appelants à envoyer leurs enfants à l'école confessionnelle indépendante privée. Il leur était loisible de les envoyer à l'école laïque publique, financée par l'État. S'ils ne l'ont pas fait, c'est seulement en raison de leurs croyances religieuses et non à cause d'une mesure gouvernementale.

L'étape préliminaire d'un examen fondé sur l'art. 15 n'est pas respectée et il n'y a pas de distinction à examiner à la deuxième étape, à savoir si une discrimination résulte d'une telle distinction. On n'a pas démontré que la *Loi sur l'éducation* établit directement ou indirectement, entre les appelants et d'autres personnes, une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. L'incapacité de tirer avantage du régime d'écoles publiques résulte non pas de la *Loi sur l'éducation* elle-même, mais plutôt de la combinaison des croyances religieuses des appelants et des impératifs de la *Charte* qui s'appliquent à l'exercice du pouvoir absolu de la province en matière d'éducation.

Même si les appelants avaient réussi à démontrer que la loi en cause créait une distinction, ils n'auraient pas réussi à démontrer que cette distinction constitue de la discrimination fondée sur la religion. La seule distinction qui est établie, en l'espèce, est entre les établissements «publics» financés par le gouvernement, et les établissements «privés-indépendants» qui ne le sont pas. Aucune école privée ne bénéficie d'un financement qu'elle soit confessionnelle ou laïque. Aucune religion ne jouit d'un traitement préférentiel à l'intérieur du système. La distinction entre les établissements «publics» et «privés» ne constitue ni un motif énuméré ni un motif analogue aux fins de l'art. 15 de la *Charte*.

Le juge McLachlin (dissidente en partie): L'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'établit pas un code qui écarte l'application de la *Charte* et ne visait pas à faire plus que garantir un appui aux écoles des minorités catholiques romaines ou protestantes en Ontario et au Québec respectivement. Les provinces qui exercent leur pouvoir absolu de fournir des services d'enseignement doivent, sous réserve de cette restriction, se conformer à la *Charte*.

Il n'y a pas eu d'atteinte à la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte*. L'exigence d'éducation obligatoire n'est pas incompatible avec le droit constitutionnel des parents de faire instruire leurs enfants conformément aux préceptes de leur religion. La *Loi sur l'éducation* n'exige pas que les enfants fréquentent soit une école laïque soit une école catholique romaine. En fait, l'art. 21 dispense de fréquenter l'école les enfants

mining the content of the guarantees contained in the *Charter*, the courts must look to the history of the values it enshrines. That history provides no support for extending the guarantee of freedom of religion to the provision of equal funding for religious practices, like religious education. Freedom of religion does not entitle one to state support for one's religion.

The argument that the s. 15 equality provisions of the *Charter* was infringed by the unequal funding provided Roman Catholic schools was untenable given the special constitutional bargain protecting funding for Roman Catholic schools in Ontario at the time of Confederation. Section 15 was nevertheless infringed because of the unequal funding *vis-à-vis* funded secular schools. Although the public school system is neutral on its face, the funding system nevertheless results in adverse effect discrimination in that it has the effect of denying a benefit to those whose religions do not permit their adherents to send their children to public secular schools. This adverse effect discrimination is caused by the *Education Act* and not by the appellants' religion. The law proceeds from the premise that the individual is entitled to equal treatment in spite of those differences. The state cannot "blame" the person discriminated against for being of the status or for having chosen the status which leads to the denial of benefit.

The encouragement of a more tolerant harmonious multicultural society constitutes a pressing and substantial objective capable, provided its effect is duly proportionate, of justifying the infringement of s. 15. The public school system represents the most promising potential for realizing a more fully tolerant society. The legislative scheme promotes the objective sought. The denial of funding to separate schools is rationally connected to the goal of a more tolerant society. It is impossible to say whether a less intrusive measure, such as partial funding for private religious schools, might achieve the same objective with less infringement of the guarantee of freedom of religion. Given the deference accorded the legislature on social issues, the minimal impairment test is met. The effect of denying funding to independent religious schools was proportionate to the objective sought.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The only school support guaranteed by s. 93 of the *Constitution Act, 1867* is that required of Ontario and Quebec to their

qui reçoivent un enseignement satisfaisant ailleurs. En déterminant le contenu des garanties de la *Charte*, les tribunaux doivent examiner l'historique des valeurs qui y sont consacrées. Cet historique ne justifie pas d'étendre la garantie de liberté religieuse à un financement égal de pratiques religieuses comme l'enseignement religieux. La liberté de religion ne confère pas à quelqu'un le droit au soutien de l'État en ce qui concerne sa religion.

L'argument que les droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte* sont violés par le financement inégal fourni aux écoles catholiques romaines est insoutenable vu l'entente constitutionnelle particulière qui protégeait le financement des écoles catholiques romaines en Ontario à l'époque de la Confédération. Il y a néanmoins eu violation de l'art. 15 en raison du financement inégal par rapport à celui dont bénéficient les écoles laïques financées. Même si le régime des écoles publiques est apparemment neutre, le régime de financement engendre une discrimination par suite d'un effet préjudiciable étant donné qu'il a pour effet de refuser un avantage aux personnes dont la religion ne leur permet pas d'envoyer leurs enfants à l'école laïque publique. Cette discrimination par suite d'un effet préjudiciable résulte de l'application de la *Loi sur l'éducation*, et non de la religion des appelants. La loi part de la prémisse que la personne a droit au même traitement, malgré ces différences. L'État ne saurait «reprocher» à la victime de discrimination de se trouver dans la situation à l'origine de la négation de l'avantage en cause, ni d'avoir choisi cette situation.

Encourager l'établissement d'une société multiculturelle harmonieuse plus tolérante constitue un objectif urgent et réel susceptible de justifier la violation de l'art. 15, pourvu que l'effet de cet objectif soit bien proportionné. Le régime des écoles publiques offre les chances les plus prometteuses d'établir une société plus tolérante. Le régime législatif favorise la réalisation de l'objectif recherché. Le refus de financer des écoles séparées a un lien rationnel avec l'objectif de société plus tolérante. Il est impossible de dire si une mesure moins envahissante, comme un financement partiel des écoles confessionnelles privées, permettrait d'atteindre le même objectif avec une atteinte moins grande à la garantie de liberté de religion. Vu la retenue avec laquelle les tribunaux abordent les questions sociales, le critère de l'atteinte minimale est respecté. L'effet du refus de financer les écoles confessionnelles indépendantes est proportionné à l'objectif recherché.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissident): La seule forme de financement scolaire garantie par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est celle qui exige des pro-

respective Roman Catholic and Protestant minorities. Provinces exercising their plenary powers to provide education must, subject to this requirement, comply with the *Charter*.

The failure to fund the independent religious schools does not constitute a limit on the guarantee of freedom of religion. Given the exemption from public education included in its s. 21, the *Education Act* does not compel the appellants to violate the tenets of their religion with respect to education. The denial of a benefit on the basis of the appellants' religion is more appropriately addressed under s. 15 of the *Charter*.

An individual, to make out a violation of his or her rights under s. 15(1) of the *Charter*, must demonstrate: (1) a legislative distinction; (2) that this distinction results in a denial of one of the four equality rights on the basis of the rights claimant's membership in an identifiable group; and (3) that this distinction is "discriminatory" within the meaning of s. 15. The examination of whether the distinction is discriminatory should be undertaken from a subjective-objective approach, i.e., from the point of view of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as, the group of which the rights claimant is a member. In determining whether discrimination has occurred, it is necessary to reconstruct the context in which the distinction arises. Two categories of factors prove particularly instructive: (1) the nature of the group adversely affected by the distinction and (2) the nature of the interest adversely affected by the distinction. This approach is primarily effects-oriented in its contextual determination of the impact of the legislation in question on a particular group. Inherent in this model is a recognition of the importance of adverse impact discrimination in present-day society.

The legislature creates a distinction between the appellants and others who are able to access publicly funded education in the surrounding social context. As found at trial, remaining a member of the particular religious communities in question and acting in accordance with the tenets of these faiths required that the children be educated in a manner consistent with the faith and therefore outside of the public or Roman Catholic schools. Control over the education of their children was essential to the continuation of the religious communities in question. This distinction results in the denial of the claimants' s. 15 right to equal benefit of the

vinces d'Ontario et de Québec qu'elles financent les écoles de leurs minorités catholiques romaines et protestantes respectives. Les provinces qui exercent leurs pouvoirs absolus en matière d'éducation doivent, sous réserve de cette exigence, se conformer à la *Charte*.

Le non-financement des écoles confessionnelles indépendantes ne constitue pas une atteinte à la garantie de liberté de religion. Comme la *Loi sur l'éducation*, en vertu de l'exemption prévue à son art. 21, dispense de la fréquentation des écoles publiques, elle ne contraint pas les appelants à violer les préceptes de leur religion en matière d'éducation. Il est plus approprié d'examiner, sous l'angle de l'art. 15 de la *Charte*, le refus d'accorder un bénéfice fondé sur la religion des appelants.

Pour établir que les droits qui lui sont garantis par le par. 15(1) de la *Charte* ont été violés, un particulier doit démontrer (1) que la loi crée une distinction, (2) que cette distinction entraîne une négation de l'un des quatre droits à l'égalité, fondée sur l'appartenance de la personne qui invoque le droit à un groupe identifiable, et (3) que cette distinction est «discriminatoire» au sens de l'art. 15. L'examen de la question de savoir si la distinction est discriminatoire devrait être effectué suivant une norme subjective-objective, c'est-à-dire du point de vue de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable au groupe auquel appartient la personne qui invoque le droit. Pour déterminer s'il y a eu discrimination, il est nécessaire de reconstituer le contexte dans lequel se présente la distinction. Deux catégories de facteurs sont tout particulièrement instructifs: (1) la nature du groupe lésé par la distinction et (2) la nature du droit auquel la distinction porte atteinte. Cette démarche est principalement axée sur les effets lorsqu'elle examine dans son contexte l'incidence de la loi en question sur un groupe particulier. Ce modèle reconnaît en soi l'importance de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable à l'intérieur de notre société moderne.

Le législateur crée une distinction entre les appelants et d'autres personnes qui peuvent avoir accès au régime d'enseignement public dans le contexte social en cause. Comme l'a conclu le juge de première instance, pour continuer de faire partie des communautés religieuses particulières en cause et pour se conformer aux préceptes de leur foi, les enfants devaient être instruits d'une manière compatible avec leur foi et, par conséquent, en dehors du régime d'écoles publiques ou catholiques romaines. Le contrôle sur l'éducation des enfants est essentiel à la survie des communautés religieuses en question. Cette distinction entraîne une négation du

law on the basis of their membership in an identifiable group.

State action which discriminates on the basis of religion cannot be excused on the grounds that religion is a choice and that the individuals may choose to avoid the negative impact which arises from the state's response to their religious identity. Discrimination on the basis of religion would become an empty concept.

The degree of choice which a person may be expected to have in identifying with a particular group, while relevant to a determination of discrimination, must be assessed from the subjective-objective perspective. In this case the appellants would see themselves as not having a choice.

Section 2(a) of the *Charter* is primarily concerned with the necessary limits to be placed on the state in its potentially coercive interference with the original, objectively perceived religious "choice" that individuals make. Section 15 ensures that consequences in behaviour and belief, which flow from this initial choice and are not perceived by the rights claimant as optional, are not impacted upon by state action in such a way as to attack the inherent dignity and consideration due all human persons. The protections afforded in s. 15 may thus be of greater scope than those in s. 2(a).

Accommodation as understood in human rights law is applicable to the rights enumerated in s. 15 of the *Charter*. The exemption for religious parents contained in s. 21 of the *Education Act* does not constitute the accommodation necessary under s. 15 to ensure equal access in real terms. Rather, it addresses the potential coercive aspect of mandatory secular education alone, and thus allows the impugned legislation to meet the requirements of s. 2(a). In a case of unequal benefit, accommodation will mean taking the steps necessary to ensure access of these parents without discrimination. Given the complete denial of this benefit to those who cannot access it for religious reasons, the equal benefit of a publicly funded education has been denied the appellants on the basis of a distinction which relates to their membership in an identifiable group.

This distinction is capable of promoting or perpetuating a view that the appellants are, by virtue of their religious beliefs, less capable or worthy of recognition

droit au même bénéfice de la loi garanti par l'art. 15, qui est fondée sur l'appartenance des personnes invoquant ce droit à un groupe identifiable.

Une mesure de l'État qui crée de la discrimination fondée sur la religion ne saurait être excusée pour le motif que la religion est une question de choix et qu'une personne peut décider d'éviter les répercussions négatives qui découlent de la réaction de l'État à son identité religieuse. La discrimination fondée sur la religion deviendrait un concept dénué de sens.

Même s'il est pertinent pour déterminer l'existence de discrimination, le degré de choix qu'une personne pourrait avoir pour s'identifier à un groupe particulier doit être évalué suivant la norme subjective-objective. En l'espèce, les appelants considéreraient qu'ils n'ont pas le choix.

L'alinéa 2a) de la *Charte* s'intéresse avant tout aux restrictions qu'il faut apporter à une possibilité d'ingérence coercitive de l'État dans le «choix» initial objectif qu'une personne fait de sa religion. L'article 15 garantit que les conséquences sur le plan du comportement et de la foi — liées à ce choix initial et non considérées comme facultatives par celui qui invoque les droits — ne seront pas touchées par des mesures prises par l'État d'une façon qui porte atteinte à la dignité et à la considération inhérentes dont il faut faire preuve envers tout être humain. En conséquence, les mécanismes de protection prévus à l'art. 15 peuvent être d'une plus grande étendue que ceux visés à l'al. 2a).

L'accommodement en matière de droits de la personne s'applique aux droits énumérés à l'art. 15 de la *Charte*. La dispense que l'art. 21 de la *Loi sur l'éducation* offre aux parents appartenant à une religion particulière ne constitue pas l'accommodement nécessaire, en vertu de l'art. 15, pour garantir réellement un accès égal. Il répond plutôt uniquement à l'aspect coercitif potentiel de l'enseignement laïque obligatoire et permet en conséquence à la loi attaquée de satisfaire aux exigences de l'al. 2a). Dans un cas d'inégalité de bénéfice, l'accommodement emporte l'établissement des mesures qui permettront aux parents en cause de bénéficier d'un accès non discriminatoire à l'éducation. Puisqu'il y a négation complète du bénéfice, en ce qui concerne les personnes privées de ce bénéfice pour des motifs religieux, le même bénéfice de l'éducation financée par des fonds publics a été refusé aux appelants pour un motif fondé sur leur appartenance à un groupe identifiable.

Cette distinction est susceptible de promouvoir ou de perpétuer l'opinion suivant laquelle les appelants sont, en raison de leurs croyances religieuses, moins capables

or value as human beings or members of Canadian society equally deserving of concern, respect, and consideration. Consideration must be given to both the nature of the group affected and the nature of the interest. Dissident minority religious groups have suffered severely from the historic disadvantage which has adhered to religious identity. They are necessarily discrete and insular minorities given the forces of secularization in society. The consequences which flow from the denial of an economic benefit are necessarily incidental to protecting the dignity and value of the appellants. Denial of any funding to the appellants constitutes not only a financial prejudice, but also a complete non-recognition of their children's educational needs and the children's and parents' fundamental interest in the continuation of their faith. In applying s. 15 in the context of the denial of funding for education to those who cannot access it for religious reasons, s. 27 of the *Charter* (dealing with the preservation and enhancement of a multicultural heritage) supports a finding that the interests at stake, the preservation and continuation of the communities in question, form interests fundamental to the purposes of the *Charter*. The *Education Act* funding scheme represents a *prima facie* violation of the s. 15 guarantee of equal benefit of the law.

While deference has been granted the state in its legislative role by the courts in undertaking a s. 1 analysis, this deference has been designed to give better effect to the general purposes of the *Charter*. Generally, where the nature of the rights infringement falls far from *Charter* values and where the legislative objective promotes these values, deference will be shown. As a corollary, however, where the nature of the infringement lies at the core of the rights protected in the *Charter* and the social objective is meant to serve the interest of the majority as a whole, as represented by state action, courts must be vigilant to ensure that the state has demonstrated its justification for the infringement. A less deferential stance should be taken and a greater onus remain on the state to justify its encroachment on the *Charter* right in question. In each case, therefore, only after the objective of the legislation has been identified can the appropriate degree of deference be determined. "Social" legislation *per se* will not, in the absence of these factors, warrant deference. Indeed, cases will be rare where it is found reasonable in a free and democratic society to discriminate.

ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération. Il faut tenir compte de la nature du groupe lésé et de la nature du droit en cause. Les groupes confessionnels minoritaires dissidents sont ceux qui ont sérieusement souffert du désavantage historique rattaché à l'identité religieuse. Ils constituent nécessairement des minorités discrètes et insulaires en raison des forces qui jouent en faveur de la laïcisation dans notre société. Les conséquences qui découlent de la négation d'un bénéfice économique sont nécessairement accessoires à la protection de la dignité et de la valeur des appelants. Le refus de tout financement aux appelants constitue non seulement un préjudice financier mais aussi une absence complète de reconnaissance des besoins pédagogiques des enfants et du droit fondamental des enfants et des parents au maintien de leur religion. Dans l'application de l'art. 15 au contexte du non-financement de l'éducation de personnes ne pouvant y avoir accès pour des motifs religieux, l'art. 27 de la *Charte* (qui a trait au maintien et à la valorisation du patrimoine multiculturel) permet de conclure que les droits en jeu, le maintien et la survie des communautés en question, constituent des droits fondamentaux pour les fins de la *Charte*. Le régime de financement prévu dans la *Loi sur l'éducation* contrevient à première vue à la garantie du même bénéfice de la loi.

Bien que les tribunaux aient, dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier, fait preuve de retenue envers l'État dans l'exercice de son rôle législatif, cette retenue visait à donner davantage effet aux objectifs généraux de la *Charte*. En général, on fait preuve de retenue lorsque la nature de la violation des droits s'écarte des valeurs de la *Charte* et que l'objectif de la loi en cause favorise le respect de ces valeurs. À titre de corollaire, cependant, lorsque la nature de la violation touche au cœur des droits protégés par la *Charte* et que l'objectif social est de servir l'intérêt de la majorité qu'expriment les mesures prises par l'État, les tribunaux doivent veiller à ce que l'État justifie la violation. Dans un tel cas, une moins grande retenue serait appropriée et l'État devrait assumer un fardeau plus lourd afin de justifier l'atteinte au droit garanti par la *Charte*. En conséquence, ce n'est qu'après avoir établi, dans chaque cas, l'objectif de la loi qu'il est possible de déterminer le degré approprié de retenue dont il faut faire preuve. Le simple fait que la loi soit de nature «sociale» ne sera pas, en soi, en l'absence d'autres facteurs, une raison de faire preuve de retenue. En fait, rares seront les cas dans lesquels il sera raisonnable de faire preuve de discrimination dans le cadre d'une société libre et démocratique.

The objectives of providing free public education and of fostering tolerance are clearly pressing and substantial in a democratic society. The former objective dictates that the latter be linked to the discouragement of non-secular education. The value underlying the legislation is the provision of education in a manner which fulfills the majoritarian interests of a secular society and it is the majoritarian interests, and not the interests of vulnerable and discrete social groups, which are threatened by the funding of religious schools. The infringement, by contrast, affects members of an insular religious minority within a minority to the extent of touching upon its members' ability to maintain their practices and therefore upon its ability to survive as a community. The degree of judicial deference allowed in other cases is not warranted here. The state must clearly discharge the burdens of evidence and proof which are mandated under s. 1.

A rational connection was established between funding choices and the maintenance of universally open and religiously tolerant schools. Full funding for dissentient schools was shown to be linked to the possible outflow of a large number of students from the public school system. The legislation, however, did not minimally impair the rights in question. Complete denial of funding is the most excessive impairment possible and not one of a range of permissible alternatives. Partial funding could be provided without affecting the objectives of the legislation and would ensure a less severe impairment. It could ensure some recognition of these communities and assist in their continuation, all the while maintaining the generally secular, universal and socially tolerant nature of the public school system. Finally, the salutary effects of the legislation, being essentially financial in nature, did not outweigh the deleterious impact.

School Health Support Services

Per Lamer C.J. and La Forest, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The School Health Support Services Program is immune from *Charter* scrutiny. These services, which should be characterized as education services as opposed to health services, are designed to ensure that children with special needs have full access to the public school system. The program is therefore simply a manifestation of the Ontario government's fulfilling its mandate to provide an education designed for all members of the community. It is accordingly immune from *Charter* scrutiny. Given the characterization of these services as "education services" rather than "health services", the

L'enseignement public gratuit et l'encouragement à la tolérance sont clairement des objectifs urgents et réels dans une société démocratique. Le premier objectif exige que le second soit associé à la dissuasion de l'éducation non laïque. La valeur sous-jacente de la Loi est la prestation de l'éducation d'une façon qui satisfait aux droits de la majorité à l'intérieur d'une société laïque, et ce sont les droits de la majorité, et non pas ceux des groupes sociaux vulnérables et discrets, qui se trouvent menacés par le financement d'écoles confessionnelles. Par contre, la violation touche des membres d'une minorité religieuse insulaire au sein d'une minorité au point d'influer sur la capacité de ses membres de maintenir leurs pratiques et, en conséquence, sur sa capacité de survivre en tant que communauté. Le degré de retenue judiciaire permis dans d'autres affaires n'est pas justifié en l'espèce. L'État doit clairement s'acquitter du fardeau de preuve qui lui est imposé en vertu de l'article premier.

L'existence d'un lien rationnel a été établie entre les choix de financement et le maintien d'écoles accessibles à tous et tolérantes sur le plan religieux. On a démontré qu'un financement complet des écoles dissidentes pourrait entraîner un exode important des élèves du régime des écoles publiques. Cependant, la Loi ne porte pas une atteinte minimale aux droits en question. Le non-financement complet constitue l'atteinte la plus excessive possible et ne se situe pas dans la gamme des mesures possibles. Un financement partiel pourrait être accordé sans incidence sur les objectifs de la Loi et garantirait ainsi une atteinte moins grave. Cette mesure permettrait d'accorder une certaine reconnaissance à ces communautés et de les aider à survivre, tout en maintenant le caractère généralement laïque, universel et socialement tolérant du régime d'écoles publiques. Enfin, les effets bénéfiques de la Loi — essentiellement de nature financière — ne l'emportent pas sur l'incidence préjudiciable.

Services de santé pour enfants d'âge scolaire

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier, Cory et Iacobucci: Le programme de services de santé pour enfants d'âge scolaire échappe à tout examen fondé sur la *Charte*. Ces services, qui devraient être qualifiés de services d'enseignement par opposition à des services de santé, visent à garantir que des enfants qui ont des besoins particuliers aient pleinement accès au régime d'écoles publiques. Ce programme montre simplement que le gouvernement de l'Ontario remplit son mandat d'offrir un enseignement conçu pour tous les membres de la collectivité. Il échappe donc à tout examen fondé sur la *Charte*. Puisque ces services sont

failure to extend these services to private religious schools does not violate either s. 2(a) or s. 15(1) of the *Charter*.

Per Sopinka and Major JJ.: The School Health Support Services are properly characterized as "education services" as opposed to strict "health services". If the appellants have no basis for claiming a right to public funding for the education provided in private schools, they have no claim for additional "educational services" available only within the public school system. There is no reason to distinguish funding for this aspect from other aspects of funding for educational purposes.

Per McLachlin J. (dissenting): The unequal treatment given disabled children attending independent religious schools flows from the religious conviction of their parents whose belief compels them to educate their children outside the public secular system. Labelling the denial of assistance as an education matter does not obviate the inequality the restriction creates. This unequal treatment is discrimination contrary to s. 15 of the *Charter*.

The objective of promoting a more tolerant multicultural society might be capable of justifying the impugned regulation which relies on definitions contained in the *Education Act* and therefore alludes only to public secular schools and Roman Catholic schools. Rational connection is more problematic. The Regulation might be argued to be a measure to encourage disabled children of religious minorities to participate in the multicultural public school system. The infringement, however, is not minimally impaired. The cost of extending these school health services is not great and denying these services to disabled children in non-funded schools adds to their burden of coping. The discrimination effected by the Regulation is not justifiable under s. 1.

A provision should be read into Regulation 552, extending the *Education Act's* definition of "school" to include private denominational schools and broadening the Act's definition of "special education program" to include programs that are comparable to special

qualifiés de «services d'enseignement» par opposition à des «services de santé», l'omission d'étendre ces services aux écoles confessionnelles privées ne viole ni l'al. 2a) ni le par. 15(1) de la *Charte*.

Les juges Sopinka et Major: Les services de santé pour enfants d'âge scolaire constituent davantage des «services d'enseignement» que des «services de santé» au sens strict. Si les appelants ne sont pas justifiés de revendiquer un droit au financement public de l'enseignement offert dans des écoles privées, ils ne peuvent réclamer d'autres «services d'enseignement» qui ne sont offerts qu'à l'intérieur du régime d'écoles publiques. Il n'y a aucune raison de distinguer le financement de cet aspect d'avec les autres formes de financement à des fins éducatives.

Le juge McLachlin (dissidente): Le traitement inégal accordé aux enfants handicapés qui fréquentent l'école confessionnelle indépendante résulte des convictions religieuses de leurs parents dont les croyances les forcent à faire instruire leurs enfants en dehors du régime laïc public. Dire que le refus d'aider est une question d'enseignement ne pare pas à l'inégalité engendrée par la restriction. Ce traitement inégal constitue de la discrimination contraire à l'art. 15 de la *Charte*.

L'objectif de promouvoir une société multiculturelle plus tolérante pourrait peut-être servir à justifier le règlement attaqué qui repose sur des définitions contenues dans la *Loi sur l'éducation* et ne concerne donc que les écoles laïques publiques et les écoles catholiques romaines. Le lien rationnel est plus problématique. On pourrait peut-être soutenir que le règlement incite les enfants handicapés appartenant aux minorités religieuses à participer au régime d'écoles publiques multiculturelles. Cependant, la violation ne constitue pas une atteinte minimale. Ce qu'il en coûterait pour étendre la prestation des services de santé pour enfants d'âge scolaire n'est pas élevé et le refus d'offrir ces services aux enfants handicapés qui fréquentent les écoles non financées a pour effet d'ajouter à leur fardeau de faire face à leur handicap. La discrimination engendrée par le règlement n'est pas justifiable au sens de l'article premier.

Le règlement 552 devrait être interprété comme incluant une disposition qui élargit la définition du terme «école» donnée dans la *Loi sur l'éducation*, de manière à inclure les écoles confessionnelles privées, et qui élargit la définition de l'expression «programme d'enseignement à l'enfance en difficulté», contenue dans la Loi, de manière à inclure des programmes comparables aux programmes d'enseignement à l'enfance en

education programs in public schools or Roman Catholic schools.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The services to disabled students provided under the *Health Insurance Act* in the public and separate schools as part of a "special education program" form an integral part of the education services funded in the province under the *Education Act*. Denying this funding as part of the complete denial of funding to these schools infringes s. 15 of the *Charter*. Providing services which make it possible for disabled students to attend publicly funded schools furthers the objectives of the *Education Act* in creating a non-discriminatory, universal system of education. The denial of the health support program, however, is not rationally connected to the objectives of providing universal education without discrimination. Furthermore, denying disabled children access to the independent schools will not, in any significant way, further enhance the social diversity and harmony in the public school system because religious reasons prevent their parents from sending them to the secular system in any event. It was unnecessary to undertake a determination of whether a minimal impairment has been imposed or whether the effects are proportionate to the objective.

A provision should be read into Regulation 552 which expands the definition of "school" in the *Education Act* to include private denominational schools and extends the *Education Act's* definition of special education programs to include those equivalent to the ones offered in the separate or public school systems.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Applied: *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; **considered:** *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; **referred to:** *Reference re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511; *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398; *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, [1993] 1 S.C.R. 839; *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575; *Roman Catholic Separate*

difficulté offerts dans les écoles publiques ou catholiques romaines.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Les services offerts dans les écoles publiques et séparées aux élèves handicapés — du fait qu'ils sont considérés comme faisant partie d'un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté — en vertu de la *Loi sur l'assurance-santé*, font partie intégrante des services d'éducation financés dans la province en vertu de la *Loi sur l'éducation*. Le non-financement de ces services contrevient à l'art. 15 de la *Charte*, du fait qu'il se trouve intégré à l'absence totale de financement de ces écoles. La prestation de services qui permettent aux élèves handicapés de fréquenter les écoles publiques favorise la réalisation des objectifs de la *Loi sur l'éducation*, en créant un système d'éducation universel non discriminatoire. Cependant, le fait de priver du bénéfice du programme de services de santé n'a aucun lien rationnel avec les objectifs d'offrir un système d'éducation universel non discriminatoire. De plus, le fait de refuser à des enfants handicapés l'accès aux écoles indépendantes ne favorisera pas de façon significative la diversité et l'harmonie à l'intérieur du système scolaire public, puisque les parents de ces enfants ne peuvent de toute façon, pour des motifs religieux, envoyer leurs enfants à l'école laïque. Il est inutile de déterminer s'il y a eu atteinte minimale ou si les effets sont proportionnels à l'objectif.

Il y aurait lieu d'introduire par interprétation dans le règlement 552 une disposition qui élargit la définition du terme «école» de façon à inclure les écoles confessionnelles privées, et étend la définition de l'expression «programme d'enseignement à l'enfance en difficulté» formulée dans la *Loi sur l'éducation* de façon à inclure des programmes qui sont comparables aux programmes offerts dans les régimes d'écoles séparées ou publiques.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêt appliqué: *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; **arrêt examiné:** *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; **arrêts mentionnés:** *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511; *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398; *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, [1993] 1 R.C.S. 839; *Procureur général du Qué-*

School Trustees for Tiny v. The King, [1928] A.C. 363; *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202.

By Sopinka J.

Applied: *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; **considered:** *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; **distinguished:** *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641; *Canadian Civil Liberties Assn. v. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341; **referred to:** *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200; *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398; *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575; *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377; *Reference re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Russow v. British Columbia (Attorney General)* (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 29; *Bal v. Ontario (Attorney General)* (1994), 21 O.R. (3d) 681.

By McLachlin J. (dissenting in part)

Applied: *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; **distinguished:** *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; **referred to:** *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303.

bec c. Greater Hull School Board, [1984] 2 R.C.S. 575; *Roman Catholic Separate School Trustees for Tiny c. The King*, [1928] A.C. 363; *Brophy c. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202.

Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; **arrêt examiné:** *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; **distinction d'avec les arrêts:** *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Zylberberg c. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641; *Canadian Civil Liberties Assn. c. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341; **arrêts mentionnés:** *Hirsch c. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200; *Brophy c. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398; *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575; *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377; *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Russow c. British Columbia (Attorney General)* (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 29; *Bal c. Ontario (Attorney General)* (1994), 21 O.R. (3d) 681.

Citée par le juge McLachlin (dissidente en partie)

Arrêt appliqué: *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; **arrêts mentionnés:** *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *National Trust Co. v. Christian Community of Universal Brotherhood Ltd.*, [1941] S.C.R. 601; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting Common Schools in Upper Canada, C.S.U.C. 1859, c. 64, ss. 27(16), 169.
Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools, S. Prov. C. 1863, c. 5, ss. 7, 9, 14, 20.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), 15, 23, 27.
Constitution Act, 1867, ss. 92, 93(1), (2), (3), (4).
Constitution Act, 1982, s. 29.
Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, ss. 1(1), 21(1)(a), (b), (2)(a), 70(1)(a), (b).
Health Insurance Act, R.S.O. 1990, c. H.6, s. 45.
R.R.O. 1990, Reg. 552, ss. 13(1), 14(1), (2).
School Act, S.A. 1988, c. S-3.1, s. 16.

Authors Cited

Carignan, Pierre. "La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation" (1986), 20 *R.J.T.* 375.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *National Trust Co. c. Christian Community of Universal Brotherhood Ltd.*, [1941] R.C.S. 601; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées, S. prov. C. 1863, ch. 5, art. 7, 9, 14, 20.
Act respecting Common Schools in Upper Canada, C.S.U.C. 1859, ch. 64, art. 27(16), 169.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), 15, 23, 27.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92, 93(1), (2), (3), (4).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 29.
Loi sur l'assurance-santé, L.R.O. 1990, ch. H.6, art. 45.
Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 1(1), 21(1)a), b), (2)a), 70(1)a), b).
R.R.O. 1990, règl. 552, art. 13(1), 14(1), (2).
School Act, S.A. 1988, ch. S-3.1, art. 16.

Doctrine citée

Carignan, Pierre. «La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation» (1986), 20 *R.J.T.* 375.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).

Ontario. Commission on Private Schools in Ontario. *Report of the Commission on Private Schools in Ontario* (Shapiro Report). Toronto: 1985.

Ontario. Committee on Religious Education in the Public Schools of the Province of Ontario. *Report on Religious Information and Moral Development* (MacKay Report). Toronto: Department of Education, 1969.

Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 4th sess., 31st parl., May 23, 1980, p. 2135.

Ontario. Royal Commission on Education in Ontario. *Report of the Royal Commission on Education in Ontario*. Toronto: King's Printer, 1950.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 19 O.R. (3d) 1, 116 D.L.R. (4th) 1, 73 O.A.C. 81, 22 C.R.R. (2d) 205, dismissing an appeal from a judgment of Anderson J. (1992), 9 O.R. (3d) 676, 94 D.L.R. (4th) 417. Appeal dismissed, McLachlin J. dissenting in part and L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Edward M. Morgan, for the appellants Susie Adler, Mark Grossman, Paula Kezwer, Marcy Rapp and Riky Young.

David M. Brown and Elizabeth Pillon, for the appellants Leo Elgersma, Harry Pott, Raymond Dostal, Harry Fernhout and the Ontario Alliance of Christian School Societies.

Robert E. Charney and Hart Schwartz, for the respondents.

Isabelle Harnois, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Thomson Irvine, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Peter R. Jervis and David D. Conklin, for the intervener the Ontario Multi-Faith Coalition for Equity in Education.

John A. Olthuis and H. W. Roger Townshend, for the intervener the Ontario Federation of Independent Schools.

Brian A. Kelsey, Q.C., and *William S. Challis*, for the interveners the Metropolitan Toronto

Ontario. Commission sur les écoles privées de l'Ontario. *Rapport de la Commission sur les écoles privées de l'Ontario* (le rapport Shapiro). Toronto: 1985.

Ontario. Committee on Religious Education in the Public Schools of the Province of Ontario. *Report on Religious Information and Moral Development* (MacKay Report). Toronto: Department of Education, 1969.

Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 4th sess., 31st parl., May 23, 1980, p. 2135.

Ontario. Royal Commission on Education in Ontario. *Report of the Royal Commission on Education in Ontario*. Toronto: King's Printer, 1950.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 19 O.R. (3d) 1, 116 D.L.R. (4th) 1, 73 O.A.C. 81, 22 C.R.R. (2d) 205, qui a rejeté un appel contre un jugement du juge Anderson (1992), 9 O.R. (3d) 676, 94 D.L.R. (4th) 417. Pourvoi rejeté, le juge McLachlin dissidente en partie et le juge L'Heureux-Dubé dissidente.

Edward M. Morgan, pour les appelants Susie Adler, Mark Grossman, Paula Kezwer, Marcy Rapp et Riky Young.

David M. Brown et Elizabeth Pillon, pour les appelants Leo Elgersma, Harry Pott, Raymond Dostal, Harry Fernhout et Ontario Alliance of Christian School Societies.

Robert E. Charney et Hart Schwartz, pour les intimés.

Isabelle Harnois, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Thomson Irvine, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Peter R. Jervis et David D. Conklin, pour l'intervenante Ontario Multi-Faith Coalition for Equity in Education.

John A. Olthuis et H. W. Roger Townshend, pour l'intervenante Ontario Federation of Independent Schools.

Brian A. Kelsey, c.r., et *William S. Challis*, pour les intervenants le Conseil scolaire de la commu-

School Board and the Ontario Public School Boards' Association.

Patricia D. S. Jackson and Clare E. Burns, for the interveners the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Gonthier, Cory and Iacobucci J.J. was delivered by

nauté urbaine de Toronto et l'Association des conseils scolaires publics de l'Ontario.

Patricia D. S. Jackson et Clare E. Burns, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

IACOBUCCI J. — This appeal involves the question of whether the current education funding scheme in the province of Ontario violates the appellants' religious and equality rights as guaranteed by ss. 2(a) and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appeal also raises the question of whether the provision of school health support services only to students in the public school system violates the appellants' ss. 2(a) and 15 *Charter* rights.

I. Background

The appellants are parents who, by reason of religious or conscientious beliefs, send their children to private religious schools. The first five appellants (the "Adler appellants") are parents of children attending Jewish day schools. The "Elgersma appellants" are four parents whose children attend independent Christian schools, and a non-profit corporation, the Ontario Alliance of Christian School Societies ("OACSS"), which is active in the promotion of Christian elementary and secondary education.

The Adler appellants sought a declaration that the non-funding of Jewish day schools in Ontario was unconstitutional. Full-time Jewish day schools have existed in Ontario since 1949 and now have an enrolment of approximately 10,000 students. The schools provide Jewish religious instruction and Judaic studies in addition to secular studies at both the elementary and high school levels in conformity with Ministry of Education guidelines, although they receive no direct funding from the Government of Ontario. Their costs are met

LE JUGE IACOBUCCI — Il s'agit, en l'espèce, de savoir si le régime de financement de l'éducation actuellement en vigueur dans la province d'Ontario viole la liberté de religion et les droits à l'égalité que l'al. 2a) et l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantissent aux appelants. Le pourvoi soulève également la question de savoir si la prestation de services de santé pour enfants d'âge scolaire aux seuls élèves du régime d'écoles publiques viole les droits que l'al. 2a) et l'art. 15 de la *Charte* garantissent aux appelants.

I. Le contexte

Les appelants sont des parents qui, pour des raisons de conscience ou de croyances religieuses, envoient leurs enfants à l'école confessionnelle privée. Les cinq premiers appelants (les «appelants du groupe Adler») sont les parents d'enfants qui fréquentent des externats juifs. Les «appelants du groupe Elgersma» sont quatre parents dont les enfants fréquentent des écoles chrétiennes indépendantes, et une société sans but lucratif, l'Ontario Alliance of Christian School Societies («OACSS»), qui travaille à promouvoir l'enseignement chrétien aux niveaux primaire et secondaire.

Les appelants du groupe Adler ont demandé un jugement déclarant que l'omission de financer les externats juifs en Ontario était inconstitutionnelle. Il existe des externats juifs fréquentés à temps plein en Ontario depuis 1949 et ils accueillent actuellement environ 10 000 élèves. Ces écoles dispensent un enseignement religieux juif et des cours sur le judaïsme, en plus d'un enseignement laïque tant au niveau primaire qu'au niveau secondaire, conformément aux directives du ministère de l'Éducation, bien qu'elles ne reçoivent pas de

through tuition fees, funds raised by the schools, and other fund-raising activities of the Jewish community.

The Elgersma appellants sought, along with other relief, a declaration that the non-funding of independent Christian schools infringed their rights as guaranteed under the *Charter*. There are now 73 Christian schools in Ontario. Membership in each individual school society is open to all adult, active Christian church members who assent to the society's aims and confessional principles, who pay the prescribed membership fee, and who are willing to be actively involved in the work of the society. Most society members belong to the Christian Reformed Church. OACSS member schools, like Jewish day schools, do not receive government funding. Funds are obtained from parental tuition pledges, community donations, and other fund-raising activities.

Both the Adler and the Elgersma applications include claims with respect to School Health Support Services Program (SHSSP). Matan Kezwer, the son of the appellant Paula Kezwer, has a hearing and speech impairment. The appellants claim that if Matan were enrolled in a public or Roman Catholic separate school, he would qualify for school health support services. Furthermore, they claim that the failure to fund such services at Matan's Jewish day school violates his *Charter* rights.

Walter Elgersma, the son of the appellant Leo Elgersma, attends a Christian day school. He was born with spina bifida and hydrocephalus and, as a consequence, needs periodic medical attention throughout the course of the day, in addition to wheelchair accessible transportation to and from school. These services are not provided at his present school.

fonds directement du gouvernement de l'Ontario. Leur financement repose sur des frais de scolarité, des fonds recueillis par les écoles et d'autres sources de fonds de la communauté juive.

Les appelants du groupe Elgersma ont demandé, en plus d'une autre mesure de redressement, un jugement déclarant que l'omission de financer les écoles chrétiennes indépendantes portait atteinte aux droits qui leur sont garantis par la *Charte*. Il existe actuellement 73 écoles chrétiennes en Ontario. Peut faire partie d'une société scolaire tout adulte qui est membre actif d'une église chrétienne, qui acquiesce aux objectifs et aux principes confessionnels de la société, qui paie les droits d'adhésion prescrits et qui est disposé à participer activement aux travaux de la société. La plupart des membres de ces sociétés appartiennent à la Christian Reformed Church. Les écoles qui font partie de l'OACSS, comme les externats juifs, ne reçoivent pas de fonds du gouvernement. Les fonds proviennent des frais de scolarité versés par les parents, de dons faits par la communauté et d'autres sources.

Les demandes des groupes Adler et Elgersma comportent notamment des revendications en ce qui concerne le programme de services de santé pour enfants d'âge scolaire. Matan Kezwer, le fils de l'appelante Paula Kezwer, a des troubles d'audition et de la parole. Les appelants prétendent que si Matan était inscrit à une école publique ou catholique romaine séparée, il serait admissible à des services de santé pour enfants d'âge scolaire. De plus, ils font valoir que l'omission de financer de tels services à l'externat juif fréquenté par Matan viole les droits que lui garantit la *Charte*.

Walter Elgersma, le fils de l'appelant Leo Elgersma, fréquente un externat chrétien. À sa naissance, il souffrait de spina-bifida et d'hydrocéphalie et il a donc besoin de soins médicaux périodiques au cours de la journée et d'un moyen de transport accessible aux personnes en fauteuil roulant pour se rendre à l'école et retourner chez lui. Ces services ne sont pas fournis à l'école qu'il fréquente présentement.

7 Joel Pott is the son of the appellant Harry Pott. He is a non-verbal, developmentally handicapped child with autistic tendencies and behavioural problems. Harry Pott deposed that Joel requires special attention of the sort provided under the SHSSP. At the time of the hearing, Joel was attending a Roman Catholic separate school in Kingston. His parents want to send him to an independent Christian school, but the school lacks the funding to provide the special services which the Potts say that Joel needs. Both the Elgersmas and the Potts claim that the government's refusal to extend the school health support services to independent Christian schools violates their children's rights under ss. 2(a) and 15(1) of the *Charter*.

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

Constitution Act, 1867

93. In and for each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Education, subject and according to the following Provisions: —

(1) Nothing in any such Law shall prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union:

(2) All the Powers, Privileges, and Duties at the Union by Law conferred and imposed in Upper Canada on the Separate Schools and School Trustees of the Queen's Roman Catholic Subjects shall be and the same are hereby extended to the Dissident Schools of the Queen's Protestant and Roman Catholic Subjects in Quebec:

(3) Where in any Province a System of Separate or Dissident Schools exists by Law at the Union or is thereafter established by the Legislature of the Province, an Appeal shall lie to the Governor General in Council from any Act or Decision of any Provincial Authority affecting any Right or Privilege of the Protestant or Roman Catholic Minority of the Queen's Subjects in relation to Education:

Joel Pott est le fils de l'appellant Harry Pott. C'est un enfant qui ne parle pas et qui souffre de maladie du développement assortie de tendances autistiques et de problèmes de comportement. Harry Pott a témoigné que Joel requiert des soins particuliers du genre de ceux qui sont dispensés en vertu du programme de services de santé pour enfants d'âge scolaire. Au moment de l'audition, Joel fréquentait une école catholique romaine séparée à Kingston. Ses parents veulent l'envoyer à une école chrétienne indépendante, mais celle-ci ne dispose pas des fonds nécessaires pour fournir les services spéciaux dont Joel a besoin d'après eux. Les Elgersma et les Pott prétendent que le refus du gouvernement d'étendre les services de santé pour enfants d'âge scolaire aux écoles chrétiennes indépendantes viole les droits que l'al. 2a) et le par. 15(1) de la *Charte* garantissent à leurs enfants.

II. Les textes constitutionnels et législatifs pertinents

Loi constitutionnelle de 1867

93. Dans chaque province et pour chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur l'éducation, sous réserve et en conformité des dispositions suivantes:

(1) Rien dans cette législation ne devra préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles;

(2) tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés ou imposés par la loi dans le Haut-Canada, lors de l'Union, aux écoles séparées et aux syndicats d'école des sujets catholiques romains de la Reine, seront et sont par les présentes étendus aux écoles dissidentes des sujets protestants et catholiques romains de la Reine dans la province de Québec;

(3) dans toute province où un système d'écoles séparées ou dissidentes existe en vertu de la loi, lors de l'Union, ou sera subseqüemment établi par la législature de la province, il pourra être interjeté appel au gouverneur général en conseil de tout acte ou décision d'une autorité provinciale affectant l'un quelconque des droits ou privilèges de la minorité protestante ou catholique romaine des sujets de la Reine relativement à l'éducation;

(4) In case any such Provincial Law as from Time to Time seems to the Governor General in Council requisite for the due Execution of the Provisions of this Section is not made, or in case any Decision of the Governor General in Council on any Appeal under this Section is not duly executed by the proper Provincial Authority in that Behalf, then and in every such Case, and as far only as the Circumstances of each Case require, the Parliament of Canada may make remedial Laws for the due Execution of the Provisions of this Section and of any Decision of the Governor General in Council under this Section.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(a) freedom of conscience and religion;

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2

1. — (1) In this Act and the regulations, except where otherwise provided in the Act or regulations,

“exceptional pupil” means a pupil whose behavioural, communicational, intellectual, physical or multiple exceptionalities are such that he or she is considered to need placement in a special education program by a committee established under subparagraph iii of paragraph 5 of subsection 11(1), of the board,

(a) of which the pupil is a resident pupil,

(b) that admits or enrolls the pupil other than pursuant to an agreement with another board for the provision of education, or

(4) au cas où n'aura pas été édictée la loi provinciale que, de temps à autre, le gouverneur général en conseil aura jugée nécessaire pour donner la suite voulue aux dispositions du présent article — ou lorsqu'une décision du gouverneur général en conseil, sur un appel interjeté en vertu du présent article, n'aura pas été dûment mise à exécution par l'autorité provinciale compétente en l'espèce —, le Parlement du Canada, en pareille occurrence et dans la seule mesure où les circonstances de chaque cas l'exigeront, pourra édicter des lois réparatrices pour donner la suite voulue aux dispositions du présent article, ainsi qu'à toute décision rendue par le gouverneur général en conseil sous l'autorité de ce même article.

Charte canadienne des droits et libertés

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

a) liberté de conscience et de religion;

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.

Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2

1 (1) Sauf dispositions contraires, les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi et aux règlements.

«école» Selon le cas:

a) l'ensemble des élèves d'une école publique, séparée ou secondaire qui constitue un seul groupe à des fins pédagogiques sous la compétence du conseil approprié,

b) l'ensemble des élèves inscrits à un programme d'études d'une école élémentaire ou secondaire dans un établissement d'enseignement que fait fonctionner le gouvernement de l'Ontario.

- (c) to which the cost of education in respect of the pupil is payable by the Minister; ("élève en difficulté") R.S.O. 1980, c. 129, s. 1(1), pars. 20, 21.

"private school" means an institution at which instruction is provided at any time between the hours of 9 a.m. and 4 p.m. on any school day for five or more pupils who are of or over compulsory school age in any of the subjects of the elementary or secondary school courses of study and that is not a school as defined in this section; ("école privée")

"school" means,

- (a) the body of public school pupils or separate school pupils or secondary school pupils that is organized as a unit for educational purposes under the jurisdiction of the appropriate board, or
- (b) the body of pupils enrolled in any of the elementary or secondary school courses of study in an educational institution operated by the Government of Ontario,

and includes the teachers and other staff members associated with such unit or institution and the lands and premises used in connection therewith; ("école")

"special education program" means, in respect of an exceptional pupil, an educational program that is based on and modified by the results of continuous assessment and evaluation and that includes a plan containing specific objectives and an outline of educational services that meets the needs of the exceptional pupil; ("programme d'enseignement à l'enfance en difficulté")

"special education services" means facilities and resources, including support personnel and equipment, necessary for developing and implementing a

La présente définition comprend les enseignants et autres membres du personnel associés au groupe ou à l'établissement susmentionnés, ainsi que les terrains et locaux utilisés par le groupe ou l'établissement visé. («school»)

«école privée» Établissement, qui n'est pas une école au sens du présent article, qui, un jour de classe, entre 9 h et 16 h, dispense, à cinq élèves ou plus ayant atteint ou dépassé l'âge de scolarité obligatoire, un enseignement portant sur une matière du programme d'études de l'école élémentaire ou secondaire. («private school»)

«élève en difficulté» Élève atteint d'anomalies de comportement ou de communication, d'anomalies d'ordre intellectuel ou physique, ou d'anomalies multiples qui appellent un placement approprié de la part du comité créé aux termes de la sous-disposition (iii) de la disposition 5 du paragraphe 11(1), dans un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté offert par le conseil:

- a) dont il est élève résident,
- b) qui admet ou inscrit l'élève autrement qu'en conformité avec une entente conclue avec un autre conseil en vue de lui dispenser de l'enseignement,
- c) auquel les dépenses en éducation de l'élève sont payables par le ministre. («exceptional pupil»)

«programme d'enseignement à l'enfance en difficulté» Programme d'enseignement fondé sur les résultats d'une évaluation continue et modifié par ceux-ci en ce qui concerne un élève en difficulté, y compris un projet qui renferme des objectifs particuliers et les grandes lignes des services éducatifs qui satisfont les besoins de l'élève en difficulté. («special education program»)

«services à l'enfance en difficulté» Installations et ressources, y compris le personnel de soutien et l'équipement nécessaires à l'élaboration et à la mise en

special education program; (“services à l’enfance en difficulté”)

œuvre d’un programme d’enseignement à l’enfance en difficulté. («special education service»)

21. — (1) Unless excused under this section,

- (a) every child who attains the age of six years on or before the first school day in September in any year shall attend an elementary or secondary school on every school day from the first school day in September in that year until the child attains the age of sixteen years; and
- (b) every child who attains the age of six years after the first school day in September in any year shall attend an elementary or secondary school on every school day from the first school day in September in the next succeeding year until the last school day in June in the year in which the child attains the age of sixteen years.

(2) A child is excused from attendance at school if,

- (a) the child is receiving satisfactory instruction at home or elsewhere;

70. — (1) Subject to subsection (2) and to the regulations, every board shall provide adequate accommodation for the trainable retarded pupils,

- (a) who are exceptional pupils of the board; and
- (b) in respect of whom a placement in a school or class for trainable retarded pupils has been made by a committee established under paragraph 5 of subsection 11(1),

Health Insurance Act, Regulation 552, R.R.O. 1990

13. — (1) In this section,

“home care facility” means,

- (a) a local board of health of a municipality or a health unit, or
- (b) an agency,

approved by the Minister to provide home care services;

“home care services” means,

21 (1) À moins d’en être dispensé aux termes du présent article:

- a) l’enfant qui a atteint six ans au premier jour de classe de septembre d’une année quelconque fréquente l’école élémentaire ou secondaire tous les jours de classe à compter de ce jour et de cette année, jusqu’à l’âge de seize ans;
- b) l’enfant qui atteint six ans après le premier jour de classe de septembre d’une année quelconque fréquente l’école élémentaire ou secondaire tous les jours de classe à compter du premier jour de classe de septembre de l’année suivante jusqu’au dernier jour de classe du mois de juin de l’année où il atteint seize ans.

(2) L’enfant est dispensé de fréquenter l’école dans l’un des cas suivants:

- a) il reçoit un enseignement satisfaisant au foyer ou ailleurs;

70 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et des règlements, le conseil fournit des facilités d’accueil appropriées aux élèves déficients moyens qui réunissent les deux conditions suivantes:

- a) ils sont des élèves en difficulté du conseil;
- b) ils ont été placés dans une classe ou une école d’élèves déficients moyens par un comité créé en vertu de la disposition 5 du paragraphe 11(1).

Loi sur l’assurance-santé, règl. 552, R.R.O. 1990

[TRADUCTION] 13. — (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

«établissement de soins à domicile» Selon le cas:

- a) un conseil local de santé d’une municipalité ou une circonscription sanitaire, ou
- b) un organisme,

autorisés par le ministre à fournir des services de soins à domicile;

«services de soins à domicile» Selon le cas:

- (a) the services that are provided, on a visitation basis, by a nurse or a nursing assistant,
- (b) the services provided, on a visiting basis, by a physiotherapist, occupational therapist, speech therapist, social worker or nutritionist,
- (c) the provision of dressings and medical supplies,
- (d) the provision of diagnostic and laboratory services,
- (e) the provision of hospital and sickroom equipment,
- (f) the provision of transportation services to and from the home to a hospital, health facility or the attending physician's office, as the case may be;

14. — (1) In this section,

“home care facility” means a home care facility as defined in subsection 13(1);

“school” means a school as defined in subsection 1(1) of the *Education Act*;

“school health support services” means,

- (a) the services that are provided, on a visitation basis, by a nurse, physiotherapist, occupational therapist, speech therapist or nutritionist,
- (b) the training, supervision or consultation services of a nurse, physiotherapist, occupational therapist, speech therapist or nutritionist to support personnel referred to in the definition of “special education services” in subsection 1(1) of the *Education Act*, and
- (c) the provision of dressings and medical supplies necessary for the services referred to in clause (a), . . .

“special education program” means a special education program as defined in subsection 1(1) of the *Education Act*;

(2) School health support services provided by a home care facility to an insured person who is placed in

- a) les services qui sont fournis, lors d'une visite à domicile, par un infirmier ou un infirmier auxiliaire,
- b) les services fournis, lors d'une visite à domicile, par un physiothérapeute, un thérapeute occupationnel, un orthophoniste, un travailleur social ou un nutritionniste,

c) la fourniture de pansements et autres accessoires médicaux,

d) la prestation de services de diagnostic et de laboratoire,

e) la fourniture de matériel hospitalier et de matériel pour chambre de malade,

f) la prestation de services de transport aller et retour entre le domicile et un hôpital, un établissement de santé ou le bureau d'un médecin traitant, selon le cas;

14. — (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

«école» École au sens du paragraphe 1(1) de la *Loi sur l'éducation*;

«établissement de soins à domicile» Établissement de soins à domicile au sens du paragraphe 13(1);

«programme d'enseignement à l'enfance en difficulté» Programme d'enseignement à l'enfance en difficulté au sens du paragraphe 1(1) de la *Loi sur l'éducation*;

«services de santé pour enfants d'âge scolaire» S'entend de ce qui suit:

a) les services qui sont fournis, lors d'une visite à domicile, par un infirmier, un physiothérapeute, un thérapeute occupationnel, un orthophoniste ou un nutritionniste,

b) les services de formation, de supervision ou de consultation fournis par un infirmier, un physiothérapeute, un thérapeute occupationnel, un orthophoniste ou un nutritionniste au personnel de soutien mentionné dans la définition des «services à l'enfance en difficulté» au paragraphe 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, et

c) la fourniture de pansements et accessoires médicaux nécessaires aux services mentionnés à l'alinéa a),

(2) Les services de santé pour enfants d'âge scolaire qui sont fournis par un établissement de soins à domi-

a special education program in a school are prescribed as insured services.

III. Judgments Appealed From

A. *Ontario Court of Justice (Toronto Motions Court)* (1992), 9 O.R. (3d) 676

Anderson J. accepted the Adler appellants' evidence that the religious education necessary for their practice of the Jewish religion can only be achieved in a Jewish day school environment. Similarly, with regard to the Elgersma appellants, Anderson J. found that the dictates of their religion required them to educate their children in accordance with the principles of the Christian Reformed Church and that this was not possible in the province's publicly funded schools.

Anderson J. accepted the appellants' arguments relating to ss. 2(a) and 15(1) of the *Charter*. He noted from the outset that the funding of Roman Catholic separate schools was not a relevant consideration in determining any of the rights of the appellants. He based this conclusion on *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148 (*Reference Re Bill 30*) which upheld the constitutionality of full funding for Roman Catholic separate schools under s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. According to Anderson J., at p. 693, funding for Roman Catholic separate schools was a constitutional anomaly having its roots in a historical political compromise "made as an incident of the Confederation of 1867" and, as such, was not subject to *Charter* scrutiny.

However, the motions court judge concluded that government funding for public secular schools coupled with the non-funding of independent religious schools violated the appellants' s. 15(1) equality rights. He reasoned that the *Education Act* created a distinction based on religion in so far as it provided the benefit of a free education to people whose children attend public schools, but denied that benefit to people who, because of religious

cile à une personne assurée qui est inscrite à un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté dans une école sont prescrits à titre de services assurés.

III. Les juridictions inférieures

A. *Cour de justice de l'Ontario (Cour des requêtes de Toronto)* (1992), 9 O.R. (3d) 676

Le juge Anderson a accepté le témoignage des appelants du groupe Adler selon lequel l'enseignement religieux qui leur était nécessaire pour pratiquer la religion juive ne pouvait se donner que dans un externat juif. De même, en ce qui concerne les appelants du groupe Elgersma, le juge Anderson a conclu que les préceptes de leur religion exigeaient qu'ils élèvent leurs enfants conformément aux principes de la Christian Reformed Church et que cela n'était pas possible dans les écoles publiques de la province.

Le juge Anderson a fait droit aux arguments des appelants relatifs à l'al. 2a) et au par. 15(1) de la *Charte*. Au départ, il a fait remarquer que le financement des écoles catholiques romaines séparées n'était pas pertinent pour déterminer les droits des appelants. Il a fondé cette conclusion sur le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, qui a confirmé la constitutionnalité du financement complet des écoles catholiques romaines séparées sous le régime de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. D'après le juge Anderson, à la p. 693, le financement des écoles catholiques romaines séparées n'était pas assujéti à un examen fondé sur la *Charte*, du fait qu'il représentait une anomalie constitutionnelle découlant d'un compromis politique historique [TRADUCTION] «réalisé dans le cadre de la Confédération de 1867».

Toutefois, le juge des requêtes a conclu que le financement des écoles laïques publiques par le gouvernement, conjugué au non-financement des écoles confessionnelles indépendantes, violait les droits à l'égalité que le par. 15(1) garantissait aux appelants. Il a estimé que la *Loi sur l'éducation* établissait une distinction fondée sur la religion dans la mesure où elle accordait l'avantage d'un enseignement gratuit aux personnes dont les

convictions, sent their children to private parochial schools.

enfants fréquentaient l'école publique, mais refusait cet avantage aux personnes qui, à cause de leurs convictions religieuses, envoyaient leurs enfants à des écoles confessionnelles privées.

12 Anderson J. also held that the appellants' freedom of religion as guaranteed by s. 2(a) of the *Charter* had been infringed. He found that the *Education Act* made school attendance mandatory and that, for parents who were precluded by religious and conscientious belief from taking advantage of the publicly funded school system, the price of escape was the payment of tuition fees. The legislation, thus, imposed a cost or burden on parents such as the appellants.

Le juge Anderson a également statué qu'il y avait eu atteinte à la liberté de religion garantie aux appelants par l'al. 2a) de la *Charte*. Il a décidé que la *Loi sur l'éducation* rendait obligatoire la fréquentation de l'école et que, dans le cas des parents qui ne pouvaient pas profiter du régime d'écoles publiques pour des raisons de conscience et de croyances religieuses, il leur fallait payer des frais de scolarité. La loi en cause imposait donc un coût ou un fardeau aux parents tels que les appelants.

13 However, Anderson J. concluded that the legislation in question was saved by s. 1 of the *Charter*. In his view, the legislative objectives, including the provision of tuition-free, secular, universally accessible public education, and the establishment of a public education system fostering and promoting the values of a pluralistic, democratic society, were of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom. He found there to be a rational connection between those objectives and the means chosen to achieve them. He held that the "degree of impairment" of the appellants' rights was "within permissible limits". Finally, he held that the benefits of the legislation were proportionate to its adverse effects on the appellants.

Cependant, le juge Anderson a statué que la loi en question était sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. À son avis, les objectifs de la Loi, dont la prestation d'un enseignement public, laïque, gratuit et accessible à tous, et l'établissement d'un régime d'enseignement public favorisant et encourageant les valeurs d'une société démocratique pluraliste étaient suffisamment importants pour justifier une dérogation à un droit ou à une liberté garantis par la Constitution. Il a conclu à l'existence d'un lien rationnel entre ces objectifs et le moyen choisi pour les réaliser. Il a jugé qu'il y avait [TRADUCTION] «atteinte acceptable» aux droits des appelants. Enfin, il a décidé que les avantages de la loi en cause étaient proportionnés aux effets préjudiciables qu'elle avait sur les appelants.

B. *Ontario Court of Appeal* (1994), 19 O.R. (3d) 1

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 1

(a) Dubin C.J. (for the majority)

a) Le juge en chef Dubin (au nom de la majorité)

14 Dubin C.J. held that Anderson J. had erred in finding a s. 2(a) violation. In his view, s. 2(a) did not provide a positive entitlement to state support for the exercise of one's religion. A breach can only consist in state action which denies or limits religious practice.

Le juge en chef Dubin a décidé que le juge Anderson avait commis une erreur en concluant à l'existence d'une violation de l'al. 2a). D'après lui, cet alinéa ne conférait pas un droit positif à ce que l'État soutienne l'exercice de la religion d'une personne. Il ne peut y avoir violation que si l'État agit de manière à refuser ou à limiter la pratique religieuse.

Dubin C.J. found that Anderson J. had made two further errors. The first was the motions court judge's finding that s. 21 of the *Education Act* made school attendance mandatory. Dubin C.J. noted that the Act only made education (as opposed to school attendance) compulsory and that children need not attend school so long as they receive satisfactory instruction elsewhere. Dubin C.J. found that this provision for excusing children from public schools provided a sufficient protection for religious freedom.

Dubin C.J. went on to hold, at p. 14, that the state action complained of was not, in fact, responsible for creating the alleged burden for the Adler and Elgersma appellants:

Further, there is no evidence that any of the appellants' children receive education because of s. 21 of the Act, or that the appellants would choose to forgo educating their children in the absence of that section. There is no evidence that compulsory education is inconsistent with any of the appellants' religious beliefs, and, therefore, there is no conflict between s. 21 of the Act and the appellants' religious freedom.

In the opinion of the majority in the Court of Appeal, the appellants' decision not to send their children to public school was entirely attributable to their religious beliefs and not to any government action. Thus, what was complained of was not government action, but rather, government inaction which in the circumstances of this case could not be the subject of a s. 2(a) *Charter* challenge.

Dubin C.J. then considered the arguments relating to equality rights. He agreed with Anderson J. that, pursuant to *Reference Re Bill 30*, the funding of Roman Catholic separate schools was not a basis for holding that the *Education Act* contravened s. 15 of the *Charter*.

Having disposed of the arguments relating to funding for separate schools, Dubin C.J. turned to

Le juge en chef Dubin a estimé que le juge Anderson avait commis deux autres erreurs. La première était la conclusion du juge des requêtes que l'art. 21 de la *Loi sur l'éducation* rendait obligatoire la fréquentation de l'école. Le juge en chef Dubin a fait observer que la Loi ne faisait que rendre l'éducation (par opposition à la fréquentation de l'école) obligatoire et que les enfants n'étaient pas tenus de fréquenter l'école dans la mesure où ils recevaient un enseignement satisfaisant ailleurs. Le juge en chef Dubin a statué que cette disposition qui dispensait les enfants de fréquenter l'école publique offrait une protection suffisante de la liberté religieuse.

Le juge en chef Dubin a ajouté, à la p. 14, qu'en fait ce n'était pas l'action reprochée à l'État qui imposait le fardeau allégué aux appelants des groupes Adler et Elgersma:

[TRADUCTION] De plus, rien ne prouve que l'un ou l'autre des enfants des appelants reçoit un enseignement à cause de l'art. 21 de la Loi, ou que les appelants choisiraient de renoncer à faire instruire leurs enfants en l'absence de cet article. Rien ne prouve que l'enseignement obligatoire est incompatible avec l'une quelconque des croyances religieuses des appelants et, par conséquent, il n'y a pas d'incompatibilité entre l'art. 21 de la Loi et la liberté religieuse des appelants.

Selon la Cour d'appel à la majorité, la décision des appelants de ne pas envoyer leurs enfants à l'école publique était entièrement attribuable à leurs croyances religieuses et non pas à quelque action du gouvernement. Ainsi, on se plaignait non pas de l'action du gouvernement, mais plutôt de son inaction qui, dans les circonstances de la présente affaire, ne pouvait pas faire l'objet d'une contestation fondée sur l'al. 2a) de la *Charte*.

Le juge en chef Dubin a ensuite examiné les arguments relatifs aux droits à l'égalité. Il était d'accord avec le juge Anderson pour dire que, conformément au *Renvoi relatif au projet de loi 30*, le financement des écoles catholiques romaines séparées ne permettait pas de conclure que la *Loi sur l'éducation* contrevenait à l'art. 15 de la *Charte*.

Après s'être prononcé sur les arguments relatifs au financement des écoles séparées, le juge en chef

15

1996 CanLII 148 (SCC)

16

17

18

the claim that the funding of secular public schools constituted discrimination on the basis of religion. He held, at p. 24, that if the lack of government funding for private schools created a distinction, that distinction was not one based on religion:

The public school system is solely secular and, in my view, because it is secular, it cannot found a claim of discrimination because it does not provide public funds for religious education under private auspices.

19 Dubin C.J. stated that even if the appellants' *Charter* rights had been infringed, the absence of funding for the religious schools was a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

20 With respect to the SHSSP, Dubin C.J. stated that there was not a sufficient factual foundation upon which to base the constitutional challenge. In his view, there was no proof that any of the appellants' children would have qualified for the school health support services if the services had been extended to independent schools. In any event, according to Dubin C.J., the program was not merely a matter of health services, as contended by the appellants, but was inextricably tied to the educational services provided in the public and separate schools for handicapped children.

(b) Weiler J.A. (dissenting in part)

21 Weiler J.A. agreed with the majority judgment on the issues relating to public funding for private religious schools.

22 With regard to the school health support services question, Weiler J.A. agreed with Dubin C.J. that the record disclosed no evidence to support the standing of the Kezwers and the Potts to challenge the regulation. However, in her view, the evidence did show that Walter Elgersma would be eligible to receive support services under SHSSP if he attended a public or separate school. Therefore, Walter Elgersma was directly affected by the legis-

Dubin est passé à l'argument selon lequel le financement des écoles laïques publiques constituait de la discrimination fondée sur la religion. Il a conclu, à la p. 24, que, si l'absence de financement des écoles privées par le gouvernement créait une distinction, celle-ci n'était pas fondée sur la religion:

[TRADUCTION] Le régime d'écoles publiques est uniquement laïque et, à mon avis, du fait qu'il est laïque, il ne saurait justifier une allégation de discrimination parce qu'il ne sert pas à financer l'enseignement religieux dans le réseau privé.

Le juge en chef Dubin a dit que, même s'il y avait eu violation des droits garantis aux appelants par la *Charte*, l'omission de financer les écoles confessionnelles constituait une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.

Quant au programme de services de santé pour enfants d'âge scolaire, le juge en chef Dubin a déclaré qu'il n'y avait pas suffisamment de faits pour justifier une contestation fondée sur la Constitution. À son avis, il n'y avait aucune preuve que l'un ou l'autre des enfants des appelants aurait été admissible aux services de santé pour enfants d'âge scolaire si ces services avaient été offerts dans les écoles indépendantes. De toute façon, selon le juge en chef Dubin, le programme n'était pas seulement une question de services de santé, comme le prétendaient les appelants, mais il était inextricablement lié aux services d'enseignement fournis aux enfants handicapés dans les écoles publiques et séparées.

(b) Le juge Weiler (dissidente en partie)

Le juge Weiler a souscrit aux motifs de la majorité sur les questions relatives au financement public des écoles confessionnelles privées.

En ce qui concerne la question des services de santé pour enfants d'âge scolaire, le juge Weiler était d'accord avec le juge en chef Dubin pour dire que le dossier ne révélait aucune preuve à l'appui de la qualité des Kezwer et des Pott pour contester le règlement. À son avis, toutefois, la preuve indiquait effectivement que Walter Elgersma serait admissible à des services de santé en vertu du programme de services de santé pour enfants d'âge

lation in question and his parents did have a genuine interest in the outcome of the legislation. Further, she said, at pp. 40-41 that "[t]he present action by Walter Elgersma's father appears to be the only reasonable and effective way to bring the legislation's validity before the court". Weiler J.A. accordingly found that there was "an adequate contextual basis" to grant standing.

Weiler J.A. held that s. 93 of the *Constitution Act, 1867* had no bearing on the matter, and that it was appropriate to consider the applicability of the *Charter*. She found that the school health services regulation was legislation in relation to health, not education and concluded that the appellants' children were denied equal benefit of the law and that the funding scheme constituted discrimination on the basis of religion. She held that the denial of equal benefit of the law was not a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. With regard to the appropriate remedy, she held that reading into the regulation an expanded definition of school, as opposed to nullification, would be the more consistent with the government's purpose in enacting the legislation.

IV. Issues on Appeal

By order of Lamer C.J. dated May 16, 1995, the following constitutional questions were stated:

1. Do the definitions of "board" and "school" in s. 1(1) of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, together with the annual General Legislative Grants promulgated under s. 11(3)(a) and (b) thereof, infringe or deny the appellants' freedom of religion under s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by not providing funding to religious-based independent schools?
2. (a) Do the definitions of "board" and "school" in s. 1(1) of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, together with the annual General Legislative Grants

scolaire, s'il fréquentait une école publique ou une école séparée. Par conséquent, Walter Elgersma était directement touché par la loi en question et ses parents avaient un intérêt véritable dans le résultat de cette loi. Elle a ajouté, aux pp. 40 et 41, que [TRADUCTION] «[l]a présente action intentée par le père de Walter Elgersma semble être la seule façon raisonnable et efficace de saisir les tribunaux de la question de la validité de la loi en cause». Le juge Weiler a donc conclu qu'il existait [TRADUCTION] «un contexte adéquat» pour accorder la qualité pour agir.

Le juge Weiler a statué que l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'avait rien à voir avec la question et qu'il convenait d'examiner l'applicabilité de la *Charte*. Elle a dit que le règlement sur les services de santé pour enfants d'âge scolaire était une mesure législative en matière de santé et non d'éducation, et elle a conclu que les enfants des appelants étaient privés du même bénéfice de la loi et que le régime de financement engendrait une discrimination fondée sur la religion. Elle a déclaré que la négation du même bénéfice de la loi ne constituait pas une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Quant à la réparation appropriée, elle a jugé qu'il serait plus compatible avec l'objectif poursuivi par le gouvernement en adoptant la mesure législative d'interpréter le règlement comme s'il contenait une définition élargie de l'école, au lieu de le déclarer nul.

IV. Les questions en litige

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées le 16 mai 1995 sur l'ordre du juge en chef Lamer:

1. Les définitions des termes «conseil» et «école» figurant au par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, de même que les subventions générales annuelles accordées en vertu des al. 11(3)a) et b) de cette loi, portent-elles atteinte à la liberté de religion garantie aux appelants par l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en ne prévoyant pas le financement des écoles confessionnelles indépendantes?
2. a) Les définitions des termes «conseil» et «école» figurant au par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, de même que les subventions géné-

promulgated under s. 11(3)(a) and (b) thereof, infringe or deny the appellants' equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by providing funding to public school boards but not to religious-based independent schools?

(b) Do the definitions of "board" and "school" in s. 1(1) of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, together with the annual General Legislative Grants promulgated under s. 11(3)(a) and (b) thereof, infringe or deny the appellants' equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by providing funding to Roman Catholic separate school boards but not to religious-based independent schools?

3. If the answer to Question 1 or 2 is in the affirmative, is the non-funding of religious-based independent schools justified as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. (a) Does s. 14 of Regulation 552, R.R.O. 1990, made under s. 45 of the *Health Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. H.6, infringe the appellants' freedom of religion under s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by prescribing school health support services as insured services to an insured person who is placed in a special education program in a "school" as defined in s. 1(1) of the *Education Act*, but not to an insured person in a religious-based independent school?

(b) Does s. 14 of Regulation 552, R.R.O. 1990, made under s. 45 of the *Health Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. H.6, infringe the appellants' equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by prescribing school health support services as insured services to an insured person who is placed in a special education program in a "school" as defined in s. 1(1) of the *Education Act*, but not to an insured person in a religious-based independent school?

5. If the answer to Question 4(a) or 4(b) is in the affirmative, is the prescribing of school health support services as insured services to an insured person who is placed in a special education program in a "school" as defined in s. 1(1) of the *Education Act*, but not to an insured person in a religious-based

rales annuelles accordées en vertu des al. 11(3)a) et b) de cette loi, portent-elles atteinte aux droits à l'égalité garantis aux appelants par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en prévoyant le financement des conseils d'écoles publiques mais non celui des écoles confessionnelles indépendantes?

b) Les définitions des termes «conseil» et «école» figurant au par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, de même que les subventions générales annuelles accordées en vertu des al. 11(3)a) et b) de cette loi, portent-elles atteinte aux droits à l'égalité garantis aux appelants par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en prévoyant le financement des conseils d'écoles séparées catholiques mais non celui des écoles confessionnelles indépendantes?

3. En cas de réponse affirmative à la première ou à la deuxième question, l'omission de financer les écoles confessionnelles indépendantes est-elle justifiée en tant que limite raisonnable conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4. a) L'article 14 du règlement 552, R.R.O. 1990, pris en vertu de l'art. 45 de la *Loi sur l'assurance-santé*, L.R.O. 1990, ch. H.6, porte-t-il atteinte à la liberté de religion garantie aux appelants par l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en prescrivant, à titre de services assurés, des services de santé pour enfants d'âge scolaire à une personne assurée inscrite à un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté dans une «école» au sens du par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, mais non à une personne assurée dans une école confessionnelle indépendante?

b) L'article 14 du règlement 552, R.R.O. 1990, pris en vertu de l'art. 45 de la *Loi sur l'assurance-santé*, L.R.O. 1990, ch. H.6, porte-t-il atteinte aux droits à l'égalité garantis aux appelants par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en prescrivant, à titre de services assurés, des services de santé pour enfants d'âge scolaire à une personne assurée inscrite à un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté dans une «école» au sens du par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, mais non à une personne assurée dans une école confessionnelle indépendante?

5. En cas de réponse affirmative à la question 4a) ou 4b), le fait de prescrire, à titre de services assurés, des services pour enfants d'âge scolaire à une personne assurée inscrite à un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté dans une «école» au sens du par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, mais non

independent school justified as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

V. Analysis

As I see the issues before us, this case is to be resolved with reference to s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. Section 93 grants to the provinces the power to legislate with regard to education. This grant is subject to certain restrictive conditions, among them s. 93(1) which provides that no law may prejudicially affect any right or privilege with respect to denominational schools which any class of persons had at the time of Union. The effect of this subsection is to entrench constitutionally a special status for such classes of persons, granting them rights which are denied to others.

The appellants advance, in essence, two *Charter* arguments. The first is that s. 2(a)'s guarantee of freedom of religion requires the province of Ontario to provide public funding for independent religious schools. The second is that, by funding Roman Catholic separate schools and secular public schools at the same time as it denies funding to independent religious schools, the province is discriminating against the appellants on the basis of religion contrary to s. 15(1).

I propose to deal with these arguments in turn. As will be explained more fully below, it is my opinion that the s. 2(a) claim fails because any claim to public support for religious education must be grounded in s. 93(1) which is a "comprehensive code" of denominational school rights. With regard to the appellants' equality argument, this claim fails because the funding of Roman Catholic separate schools and public schools is within the contemplation of the terms of s. 93 and is, therefore, immune from *Charter* scrutiny.

à une personne assurée dans une école confessionnelle indépendante, est-il justifié en tant que limite raisonnable conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

V. Analyse

Si je comprends bien les questions dont nous sommes saisis, il faut trancher le présent pourvoi en fonction de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cet article confère aux provinces le pouvoir de légiférer en matière d'éducation. Ce pouvoir est accordé à certaines conditions restrictives, dont le par. 93(1) qui prévoit qu'aucune loi ne pourra préjudicier à un droit ou à un privilège conféré, lors de l'Union, à quelque catégorie particulière de personnes relativement aux écoles confessionnelles. Ce paragraphe a pour effet de créer dans la Constitution un statut spécial pour ces catégories particulières de personnes en leur accordant des droits qui sont refusés à d'autres.

Les appelants avancent essentiellement deux arguments fondés sur la *Charte*. Le premier veut que la liberté de religion garantie à l'al. 2a) exige de la province d'Ontario qu'elle finance les écoles confessionnelles indépendantes. Le deuxième veut qu'en finançant les écoles catholiques romaines séparées et les écoles laïques publiques, tout en refusant de financer les écoles confessionnelles indépendantes, la province fasse preuve de discrimination fondée sur la religion envers les appelants, contrairement au par. 15(1).

Je vais examiner ces arguments à tour de rôle. Comme je l'expliquerai davantage plus loin, je suis d'avis que la demande fondée sur l'al. 2a) échoue parce que toute demande de subvention publique au titre de l'enseignement religieux doit être fondée sur le par. 93(1) qui établit un «code complet» des droits relatifs aux écoles confessionnelles. En ce qui concerne l'argument de l'égalité avancé par les appelants, il échoue parce que le financement des écoles catholiques romaines séparées et des écoles publiques est prévu à l'art. 93 et échappe donc à tout examen fondé sur la *Charte*.

A. *The Appellants' Claims with Regard to Section 2(a) of the Charter*

28 In my view, any analysis of denominational school rights must take as its starting point the guarantees contained in s. 93(1). If the rights claimed are not found in this subsection, I fail to see how other sections of the Constitution, in particular s. 2(a) of the *Charter*, can be used to enlarge upon s. 93's constitutionally blessed scheme for public funding of denominational schools.

29 Section 93 is the product of an historical compromise which was a crucial step along the road leading to Confederation. As Gonthier J. said in *Reference re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511, at p. 529:

Section 93 is unanimously recognized as the expression of a desire for political compromise. It served to moderate religious conflicts which threatened the birth of the Union.

Without this "solemn pact", this "cardinal term" of Union, there would have been no Confederation. See Wilson J.'s discussion of the history of s. 93 in *Reference Re Bill 30, supra*, at pp. 1173-74; and the judgment of Duff C.J. in *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398, at p. 402.

30 As a child born of historical exigency, s. 93 does not represent a guarantee of fundamental freedoms. Beetz J. stated, in *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377, at p. 401:

While it may be rooted in notions of tolerance and diversity, the exception in s. 93 is not a blanket affirmation of freedom of religion or freedom of conscience . . . [and] should not be construed as a *Charter* human right or freedom or, to use the expression of Professor Peter Hogg, a "small bill of rights for the protection of minority religious groups" . . .

A. *Les revendications des appelants relatives à l'al. 2a) de la Charte*

À mon avis, toute analyse des droits relatifs aux écoles confessionnelles doit commencer par les garanties prévues au par. 93(1). Si les droits revendiqués ne figurent pas dans ce paragraphe, je ne vois pas comment on peut recourir à d'autres articles de la Constitution, notamment l'al. 2a) de la *Charte*, pour s'étendre sur le régime de financement public des écoles confessionnelles, consacré à l'art. 93 de la Constitution.

L'article 93 est le fruit d'un compromis historique qui a été une étape décisive du cheminement qui a abouti à la Confédération. Comme le juge Gonthier l'affirme dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511, à la p. 529:

Il est unanimement reconnu que l'art. 93 est l'expression d'un désir de compromis politique. Il a permis l'atténuation de conflits religieux qui menaçaient la réalisation de l'Union.

Sans ce «pacte solennel», cette [TRADUCTION] «condition capitale» de l'Union, il n'y aurait pas eu de Confédération. Voir l'analyse de l'historique de l'art. 93 que fait le juge Wilson dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, précité, aux pp. 1173 et 1174, et les motifs du juge en chef Duff dans *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398, à la p. 402.

En tant que fruit des exigences de l'histoire, l'art. 93 ne constitue pas une garantie de libertés fondamentales. Le juge Beetz affirme, dans *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377, à la p. 401:

Quoiqu'elle puisse avoir des racines dans les notions de tolérance et de diversité, l'exception énoncée à l'art. 93 ne constitue pas une affirmation générale de la liberté de religion ou de la liberté de conscience [. . .] [et] ne doit pas être interprété[e] comme un droit ou une liberté de la personne garantis par la *Charte* ou, pour reprendre l'expression du professeur Peter Hogg, comme (TRADUCTION) «une petite déclaration des droits pour la protection des minorités religieuses» . . .

And see *Reference re Education Act (Que)*, *supra*, at pp. 539-40.

A useful analogy can be drawn between s. 93 and the minority language guarantees contained in s. 23 of the *Charter*. Like s. 93, s. 23 has its origins in political compromise. See *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549, at p. 578; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, [1993] 1 S.C.R. 839, at p. 851.

Furthermore, both sections grant special status to particular classes of people. Dickson C.J. discussed the entrenched inequality created by s. 23 in *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342. In this case, a group of parents claimed that their children were being denied the French language educational facilities to which they were entitled under s. 23 of the *Charter*. The parents argued that s. 23 should be interpreted in light of the words of s. 15(1) of the *Charter*. Speaking for a unanimous court, Dickson C.J. rejected this argument. In his words, s. 23 provides a "comprehensive code", a unique source for minority language educational rights. See *Mahe*, *supra*, at p. 369. The Court recognized that this would create inequalities: English speakers living in francophone provinces and French speakers living in anglophone provinces would enjoy rights which are denied to other linguistic groups. However, it is the words of the Constitution itself which create this "special status". As Dickson C.J. said at p. 369:

[Section 23] is, if anything, an exception to the provisions of ss. 15 and 27 in that it accords these groups, the English and the French, special status in comparison to all other linguistic groups in Canada.

Section 93(1) confers a similarly privileged status on those religious minorities which, at the time of Confederation, enjoyed legal rights with respect to denominational schools. In *Reference Re Bill 30*, Wilson J. acknowledged at p. 1197 that this special

Et voir le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, précité, aux pp. 539 et 540.

On peut établir une analogie utile entre l'art. 93 et les garanties concernant la langue de la minorité prévues à l'art. 23 de la *Charte*. À l'instar de l'art. 93, l'art. 23 a son origine dans un compromis politique. Voir *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549, à la p. 578; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, [1993] 1 R.C.S. 839, à la p. 851.

En outre, les deux articles accordent un statut spécial à des catégories particulières de personnes. Le juge en chef Dickson a examiné l'inégalité créée et consacrée par l'art. 23, dans *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342. Dans cette affaire, un groupe de parents prétendaient que leurs enfants étaient privés des établissements scolaires de langue française auxquels ils avaient droit en vertu de l'art. 23 de la *Charte*. Les parents ont fait valoir que l'art. 23 devrait être interprété en tenant compte du libellé du par. 15(1) de la *Charte*. Dans des motifs unanimes, le juge en chef Dickson a rejeté cet argument. Pour reprendre ses termes, l'art. 23 établit un «code complet», une source unique de droits à l'instruction dans la langue de la minorité. Voir *Mahe*, précité, à la p. 369. La Cour a reconnu que cela créerait des inégalités: les anglophones vivant dans des provinces francophones et les francophones vivant dans des provinces anglophones jouiraient de droits refusés à d'autres groupes linguistiques. Cependant, c'est le texte même de la Constitution qui crée ce «statut spécial». Comme le dit le juge en chef Dickson, à la p. 369:

[L'article 23] constitue d'abord et avant tout une exception aux dispositions des art. 15 et 27 en ce qu'il accorde à ces groupes, anglophone et francophone, un statut spécial par rapport à tous les autres groupes linguistiques au Canada.

Le paragraphe 93(1) confère un statut privilégié semblable aux minorités religieuses qui, à l'époque de la Confédération, jouissaient de droits conférés par la loi relativement aux écoles confessionnelles. Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, le juge

status may "sit uncomfortably with the concept of equality embodied in the *Charter*", but it must nonetheless be respected. In his concurring judgment, Estey J. drew a similar conclusion, saying that the purpose of s. 93 was "to provide the province with the jurisdiction to legislate in a *prima facie* selective and distinguishing manner". See *Reference Re Bill 30, supra*, at p. 1206.

Wilson reconnaît, à la p. 1197, qu'il se peut que ce statut spécial «s'accorde mal avec le concept de l'égalité enchâssé dans la *Charte*», mais qu'il faut néanmoins le respecter. Dans ses motifs concordants, le juge Estey a conclu, de façon similaire, que l'art. 93 avait pour objet «de conférer à la province la compétence pour légiférer d'une manière à première vue sélective et en opérant des distinctions». Voir *Renvoi relatif au projet de loi 30*, précité, à la p. 1206.

34

As Dickson C.J. concluded in *Mahe*, at p. 369, to use s. 15(1)'s equality rights as an interpretive aid to s. 23 would unacceptably distort the meaning and scope of the educational guarantees:

Comme le juge en chef Dickson l'a conclu à la p. 369 de l'arrêt *Mahe*, recourir aux droits à l'égalité énoncés au par. 15(1) pour interpréter l'art. 23 aurait pour effet de dénaturer de façon inacceptable le sens et la portée des garanties en matière d'enseignement:

... it would be totally incongruous to invoke in aid of the interpretation of a provision which grants special rights to a select group of individuals, the principle of equality intended to be universally applicable to "every individual".

... il serait déplacé d'invoquer un principe d'égalité destiné à s'appliquer universellement à «tous» pour interpréter une disposition qui accorde des droits particuliers à un groupe déterminé.

35

In my opinion, the reasoning used in *Mahe* is equally applicable to the appellants' attempt to use s. 2(a) in combination with s. 15(1) to expand on s. 93's religious educational guarantees. Thus, just as s. 23 is a comprehensive code with respect to minority language education rights, s. 93 is a comprehensive code with respect to denominational school rights. As a result, s. 2(a) of the *Charter* cannot be used to enlarge this comprehensive code. Given that the appellants cannot bring themselves within the terms of s. 93's guarantees, they have no claim to public funding for their schools. To emphasize, in Ontario, s. 93(1) entrenches certain rights with respect to public funding of religious education. However, these rights are limited to those which were enjoyed at the time of Confederation. To decide otherwise by accepting the appellants' claim that s. 2(a) requires public funding of their religious schools would be to hold one section of the Constitution violative of another — a result which *Reference Re Bill 30* tells us to avoid, as will be further discussed below.

À mon avis, le raisonnement suivi dans l'arrêt *Mahe* s'applique également à la tentative des appelants de recourir à l'al. 2a) et au par. 15(1) pour s'étendre sur les garanties en matière d'enseignement religieux contenues à l'art. 93. Ainsi, tout comme l'art. 23 établit un code complet en ce qui concerne les droits à l'instruction dans la langue de la minorité, l'art. 93 établit un code complet en ce qui concerne les droits relatifs aux écoles confessionnelles. Par conséquent, on ne saurait recourir à l'al. 2a) de la *Charte* pour élargir la portée de ce code complet. Vu qu'ils ne peuvent pas s'assujettir aux conditions des garanties de l'art. 93, les appelants n'ont pas le droit de réclamer le financement public de leurs écoles. Je souligne qu'en Ontario le par. 93(1) consacre certains droits en matière de financement public de l'enseignement religieux. Toutefois, ces droits sont limités à ceux qui existaient à l'époque de la Confédération. Statuer autrement en faisant droit à la prétention des appelants que l'al. 2a) requiert le financement public de leurs écoles confessionnelles reviendrait à conclure qu'un article de la Constitution en viole un autre, ce que le *Renvoi relatif au projet de loi 30* nous dit d'éviter, comme nous le verrons plus loin.

B. *The Appellants' Claims with Regard to Section 15(1) of the Charter*

(a) Section 15(1) and Roman Catholic Separate Schools

In *Reference Re Bill 30*, Wilson J., writing for the majority, upheld Ontario legislation which extended full funding to the province's Roman Catholic separate schools. Her decision rested on two alternative findings.

First, she found that Bill 30 was a valid exercise of provincial power under the combined effect of the opening words of s. 93 and s. 93(3). See *Reference Re Bill 30*, at p. 1176. Second, she presented an alternative finding which was that, at the time of Confederation, separate schools were entitled to public funding for secondary education. Thus, s. 93(1) requires the Ontario government to fund fully Roman Catholic separate schools. Seen in this light, Bill 30 simply righted an old wrong.

Wilson J. went on to address the claim that the government's choice to fund Roman Catholic separate schools but not other religious schools contravened s. 15(1) of the *Charter*. The Adler and Elgersma appellants are advancing what amounts to the same argument in the present case. Wilson J. rejected this argument for two reasons. First, she found that, in the event that Bill 30 was passed pursuant to s. 93(1), it would fall "fairly and squarely" (at p. 1196) within s. 29 of the *Charter* which explicitly exempts from *Charter* challenge all rights and privileges "guaranteed" under the Constitution in respect of denominational, separate or dissentient schools. Second, she found that, in the event that Bill 30 was passed pursuant to the opening words of s. 93 and s. 93(3), it was nonetheless "immune" from *Charter* review because it was "legislation enacted pursuant to the plenary power in relation to education granted to the provincial legislatures as part of the Confederation compromise". See *Reference Re Bill 30*, at p. 1198.

B. *Les revendications des appelants relatives au par. 15(1) de la Charte*

a) Le paragraphe 15(1) et les écoles catholiques romaines séparées

Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, le juge Wilson a confirmé, au nom de la majorité, la validité de la loi ontarienne qui étendait le financement complet aux écoles catholiques romaines séparées dans la province. Sa décision reposait sur deux conclusions subsidiaires.

Premièrement, elle a conclu que le projet de loi 30 constituait un exercice valide du pouvoir de la province en vertu de l'effet conjugué de la disposition liminaire de l'art. 93 et des dispositions du par. 93(3). Voir *Renvoi relatif au projet de loi 30*, à la p. 1176. Deuxièmement, elle a présenté une conclusion subsidiaire, à savoir qu'à l'époque de la Confédération les écoles séparées avaient droit au financement public en ce qui concernait l'enseignement secondaire. Ainsi, le par. 93(1) exige que le gouvernement de l'Ontario finance complètement les écoles catholiques romaines séparées. Sous cet angle, le projet de loi 30 ne faisait que corriger une vieille injustice.

Le juge Wilson a ensuite examiné l'allégation selon laquelle le choix du gouvernement de financer les écoles catholiques romaines séparées, mais pas les autres écoles confessionnelles, contrevenait au par. 15(1) de la *Charte*. Les appelants des groupes Adler et Elgersma avançaient ce qui équivalait au même argument en l'espèce. Le juge Wilson a rejeté cet argument pour deux raisons. Premièrement, elle a statué que, s'il était adopté conformément au par. 93(1), le projet de loi 30 serait alors «nettement» (à la p. 1196) visé par le texte de l'art. 29 de la *Charte* qui soustrait explicitement à toute contestation fondée sur la *Charte* tous les droits et privilèges «garantis» en vertu de la Constitution relativement aux écoles séparées et aux autres écoles confessionnelles. Deuxièmement, elle a conclu que, s'il était adopté conformément à la disposition liminaire de l'art. 93 et aux dispositions du par. 93(3), le projet de loi 30 «échappe[rait]» à tout examen fondé sur la *Charte* car il s'agirait d'une «lo[i] adoptée[e] conformément au

36

1996 CanLII 148 (SCC)

37

38

This was true regardless of the fact that this unequal funding might, as I mentioned above, “sit uncomfortably with the concept of equality embodied in the *Charter*”. In other words, Wilson J. at p. 1197 refused to use one part of the Constitution to interfere with rights protected by a different part of that same document: “It was never intended, in my opinion, that the *Charter* could be used to invalidate other provisions of the Constitution. . . .”

pouvoir absolu en matière d'éducation que se sont vu accorder les assemblées législatives provinciales dans le cadre du compromis confédéral». Voir *Renvoi relatif au projet de loi 30*, à la p. 1198. Cela était vrai indépendamment du fait que ce financement inégal pourrait, comme je l'ai déjà mentionné, «s'accorde[r] mal avec le concept de l'égalité enchâssé dans la *Charte*». Autrement dit, le juge Wilson a refusé, à la p. 1197, de se servir d'une partie de la Constitution pour empiéter sur des droits protégés par une autre partie du même document: «À mon avis, on n'a jamais voulu que la *Charte* puisse servir à annuler d'autres dispositions de la Constitution . . . ».

39 Following the same line of reasoning used by Wilson J. in the *Reference Re Bill 30*, I find that public funding for the province's separate schools cannot form the basis for the appellants' *Charter* claim.

En suivant le même raisonnement que le juge Wilson dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, je conclus que le financement public des écoles séparées de la province ne saurait justifier la revendication des appelants fondée sur la *Charte*.

(b) The Appellants' Section 15(1) Claims and Public Schools

b) Les revendications des appelants fondées sur le par. 15(1) et les écoles publiques

40 The appellants advanced a further argument which was that, even assuming that Roman Catholic separate schools are given a privileged place in our constitutional scheme, public schools are given no such protection. According to this argument, the fact that the government funds public schools but not private religious schools is analogous to the government funding, for example, private Christian schools but not private Islamic schools. As the reasoning goes, public schools are not a part of the scheme envisioned by s. 93 and are, thus, open to *Charter* challenge.

Les appelants ont avancé un autre argument selon lequel, même en supposant que les écoles catholiques romaines séparées occupent une place privilégiée dans notre régime constitutionnel, les écoles publiques ne jouissent pas d'une telle protection. Suivant cet argument, le fait que le gouvernement finance les écoles publiques, mais non les écoles confessionnelles privées, est analogue au fait que le gouvernement finance, par exemple, les écoles chrétiennes privées mais non les écoles islamiques privées. D'après ce raisonnement, les écoles publiques ne font pas partie du régime envisagé par l'art. 93 et peuvent donc faire l'objet d'une contestation fondée sur la *Charte*.

41 In my view, this argument is mistaken in supposing that public schools are not contemplated by the terms of s. 93, as it applies to Ontario. On the contrary, the public school system is an integral part of the s. 93 scheme. When the province funds public schools, it is, in the words of Wilson J. in *Reference Re Bill 30*, at p. 1198, legislating “pursuant to the plenary power in relation to education granted to the provincial legislatures as part of the Confederation compromise”. A closer examination

À mon avis, cet argument suppose à tort que les écoles publiques ne sont pas prévues par le texte de l'art. 93, tel qu'il s'applique à l'Ontario. Au contraire, le système d'écoles publiques fait partie intégrante du régime prévu par l'art. 93. Lorsque la province finance des écoles publiques, elle légifère, pour reprendre les termes du juge Wilson à la p. 1198 du *Renvoi relatif au projet de loi 30*, «conformément au pouvoir absolu en matière d'éducation que se sont vu accorder les assemblées législa-

CanLII 118 (SCG)

of s. 93, in particular s. 93(1), as it applies to the province of Ontario, will help to illustrate that the public school system is impliedly, but nonetheless clearly, contemplated by the terms of that section.

In order to claim the protection of s. 93, it must be shown that there was a right or privilege with respect to denominational schooling which was enjoyed by a class of persons, by law, at the time of union. See *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575, at p. 582. Thus, for Ontario, s. 93(1) requires an examination of the law as it stood in 1867, with regard to denominational schooling. As Wilson J. said in *Reference Re Bill 30*, at pp. 1177-78, "Our task therefore is to examine the laws in force prior to Confederation to see what rights or privileges they gave". In the words of Gonthier J., in *Reference re Education Act (Que.)*, *supra*, at p. 539, "[Section 93] is in a sense a snapshot of the legislative situation in 1867".

An Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools, S. Prov. C. 1863, c. 5 (*Scott Act*), was the last piece of legislation relating to denominational schools in Upper Canada enacted before Confederation. In essence, what this legislation did was to define the rights and privileges of Roman Catholic separate schools in terms of the rights and privileges of the province's common schools. The preamble reads:

WHEREAS it is just and proper to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights which they formerly enjoyed in respect to separate Schools, and to bring the provisions of the Law respecting Separate Schools more in harmony with the provisions of the Law respecting Common Schools... [Emphasis added.]

This close linkage between the separate and public schools was made most clearly through s. 7 which gave the separate school trustees "all the powers in

tives provinciales dans le cadre du compromis confédéral». Un examen plus approfondi de la façon dont l'art. 93, et plus particulièrement le par. 93(1), s'applique à la province d'Ontario aidera à montrer que le régime d'écoles publiques est implicitement, mais néanmoins clairement, prévu par le texte de cette disposition.

Pour revendiquer la protection de l'art. 93, il faut démontrer qu'une catégorie de personnes jouissait, en vertu de la loi, lors de l'Union, d'un droit ou d'un privilège relativement aux écoles confessionnelles. Voir *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575, à la p. 582. Ainsi, dans le cas de l'Ontario, le par. 93(1) exige un examen de l'état du droit en 1867, relativement aux écoles confessionnelles. Comme le juge Wilson l'affirme à la p. 1178 du *Renvoi relatif au projet de loi 30*, précité, «[n]otre tâche donc consiste à examiner les lois en vigueur avant la Confédération, afin de découvrir quels droits ou privilèges elles conféraient». Pour reprendre les termes du juge Gonthier, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, précité, à la p. 539, «[l'article 93] prend en quelque sorte un cliché instantané de la situation législative en 1867».

L'Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées, S. prov. C. 1863, ch. 5 (*Loi Scott*), a été la dernière loi adoptée dans le Haut-Canada, avant la Confédération, relativement aux écoles confessionnelles. Essentiellement, elle définissait les droits et privilèges des écoles catholiques romaines séparées en fonction des droits et privilèges des écoles communes de la province. Le préambule se lit ainsi:

CONSIDÉRANT qu'il est juste et opportun de réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées dont ils jouissaient autrefois, et d'établir une plus grande uniformité entre les lois qui règlent les écoles séparées et celles des écoles communes... [Je souligne.]

Ce lien étroit entre les écoles séparées et les écoles publiques a été établi très clairement au moyen de l'art. 7 qui conférait aux syndicats des écoles sépa-

respect of Separate Schools, that the Trustees of Common Schools have and possess under the provisions of the Act relating to Common Schools” and through s. 9 which gave the separate school trustees all “the same duties . . . as Trustees of Common Schools”. Section 20 of the *Scott Act* required that separate schools receive a proportionate share of the funds annually granted by the legislature to support the common schools. Even the qualification of separate school teachers was to be determined according to the same standards used in the public schools. In *Roman Catholic Separate School Trustees for Tiny v. The King*, [1928] A.C. 363 (P.C.), at p. 387, Viscount Haldane went so far as to say that, in 1867, “[t]he separate school was only a special form of common school. . . .” For a full discussion of the history of separate school legislation in the province see Wilson J.’s discussion in the *Reference Re Bill 30, supra*, at pp. 1176 ff, and Viscount Haldane’s speech in *Tiny, supra*, at pp. 376 ff.

rées «tous les [. . .] pouvoirs à l’égard de ces écoles séparées, que les syndics des écoles communes ont et possèdent en vertu des dispositions de l’acte concernant les écoles communes», et au moyen de l’art. 9 qui conférait aux syndics des écoles séparées tous «les mêmes devoirs [. . .] que les syndics des écoles communes». L’article 20 de la *Loi Scott* exigeait que les écoles séparées reçoivent une part proportionnée des fonds octroyés annuellement par la législature pour le soutien des écoles communes. Même la compétence des enseignants des écoles séparées devait être déterminée selon les mêmes normes que pour ceux des écoles publiques. Dans l’arrêt *Roman Catholic Separate School Trustees for Tiny c. The King*, [1928] A.C. 363 (C.P.), à la p. 387, le vicomte Haldane est allé jusqu’à dire qu’en 1867 [TRADUCTION] «[l]’école séparée était seulement une forme particulière d’école commune. . . .». Pour une analyse complète de l’histoire des lois relatives aux écoles séparées dans la province, voir les motifs du juge Wilson dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, précité, aux pp. 1176 et suiv., et les propos du vicomte Haldane dans l’arrêt *Tiny*, précité, aux pp. 376 et suiv.

44 The effect of s. 93(1) is to create what Professor Pierre Carignan, in “La raison d’être de l’article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d’éducation” (1986), 20 *R.J.T.* 375, has called the [TRANSLATION] “constitutionalization mechanism” whereby denominational school rights and privileges created by ordinary legislation are raised to the status of constitutional norms. See *Reference re Education Act (Que.)*, *supra*, at p. 531; *Greater Montreal Protestant School Board*, *supra*, at p. 418. What the relevant pre-Confederation legislation did was to equate the rights and privileges of separate schools to those of public schools. The result is that public schools are part and parcel of s. 93’s comprehensive code. Accordingly, as I noted above, public schools are impliedly but nonetheless clearly within the terms of the regime set up by s. 93.

Le paragraphe 93(1) a pour effet de créer ce que, dans son article intitulé «La raison d’être de l’article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d’éducation» (1986), 20 *R.J.T.* 375, le professeur Pierre Carignan a appelé le «mécanisme de constitutionnalisation» par lequel les droits et les privilèges relatifs aux écoles confessionnelles, qui avaient été créés par une loi ordinaire, sont élevés au rang de normes constitutionnelles. Voir *Renvoi relatif à la Loi sur l’instruction publique (Qué.)*, précité, à la p. 531; *Commission des écoles protestantes du Grand Montréal*, précité, à la p. 418. Les lois pertinentes qui existaient avant la Confédération assimilaient les droits et privilèges des écoles séparées à ceux des écoles publiques. Il en résulte que les écoles publiques font partie intégrante du code complet de l’art. 93. Par conséquent, comme je l’ai déjà souligné, les écoles publiques sont implicitement mais néanmoins clairement visées par le régime établi à l’art. 93.

This inclusion of public schools in the Constitution is consistent with the historical purpose of s. 93. As was explained by the Privy Council in *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202, at p. 214, during the negotiations leading up to Confederation, Roman Catholic separate school supporters expressed concern that the existing public school system, open as it was to children of all races and religions, could not meet the needs of the Roman Catholic community:

They regarded it as essential that the education of their children should be in accordance with the teaching of their Church, and considered that such an education could not be obtained in public schools designed for all the members of the community alike, whatever their creed. . . .

Thus, when separate school supporters were negotiating the terms of s. 93, they were negotiating against the back-drop of the existing common school system. The hallmark of these common schools was that they were not organized (in the relevant legislation) along denominational lines and were, therefore, open to all members of the community without distinction, (with the exception of those for whom a separate school had been established). As Professor Carignan says, at p. 428, [TRANSLATION] “[i]n the context of public education, the structures set up by Parliament itself are designed for children of all beliefs and all races”. As Wilson J. pointed out in *Reference Re Bill 30*, *supra*, at p. 1193, at the time s. 93 was being negotiated, it was assumed that publicly funded non-denominational schools would always be a part of the political landscape:

The security afforded the Roman Catholic minority through the tying of funding for its schools to a proportion of the funding for the common schools was in the certainty that the Legislature would never cut off funding for the common schools.

At the time of Confederation, Roman Catholic parents could choose to support either the local separate schools or the local common schools. Section 14 of the *Scott Act* lays out the registration procedure to be followed. If a parent chose to reg-

Cette inclusion des écoles publiques dans la Constitution est compatible avec l'objectif historique de l'art. 93. Comme le Conseil privé l'a expliqué dans l'arrêt *Brophy c. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202, à la p. 214, durant les négociations qui ont abouti à la Confédération, les tenants des écoles catholiques romaines séparées ont exprimé la crainte que le régime d'écoles publiques de l'époque, qui était accessible aux enfants de toutes les races et de toutes les religions, ne puisse pas répondre aux besoins de la communauté catholique romaine:

[TRADUCTION] Ils jugeaient essentiel que l'éducation de leurs enfants soit conforme à l'enseignement de leur Église, et ils considéraient qu'une telle éducation ne pouvait pas être acquise dans des écoles publiques destinées à tous les membres de la collectivité de la même façon, quelle que soit leur foi . . .

Ainsi, lorsque les tenants des écoles séparées négociaient les conditions de l'art. 93, ils négociaient avec en arrière-plan le régime existant d'écoles communes. Ces écoles se distinguaient par le fait qu'elles n'étaient pas organisées (dans la loi pertinente) en fonction de leur caractère confessionnel et qu'elles étaient donc accessibles à tous les membres de la collectivité sans distinction (sauf aux personnes pour qui une école séparée avait été constituée). Comme l'affirme le professeur Carignan, à la p. 428, «[d]ans le cadre de l'enseignement public, les structures que le législateur érige lui-même sont affectées au service des enfants de toutes les croyances et de toutes les races». Comme le souligne le juge Wilson dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, précité, à la p. 1193, à l'époque où on négociait l'art. 93, on supposait que les écoles publiques non confessionnelles feraient toujours partie du décor politique:

La garantie accordée à la minorité catholique en liant les fonds affectés à ses écoles à une proportion des fonds affectés aux écoles communes, reposait sur la certitude que le législateur ne cesserait jamais de financer les écoles communes.

À l'époque de la Confédération, les parents catholiques romains pouvaient choisir de soutenir soit les écoles séparées locales, soit les écoles communes locales. L'article 14 de la *Loi Scott*, énonce la procédure d'inscription à suivre. Si un

ister as a separate school supporter, then his or her child would be eligible to attend only the local separate school. *An Act respecting Common Schools in Upper Canada*, C.S.U.C. 1859, c. 64, s. 27(16). In other words, Roman Catholic parents could choose between two publicly funded educational systems — one Roman Catholic, the other non-denominational. Section 93 gives constitutional protection to this publicly funded choice. Therefore, the public school system is an integral part of the Confederation compromise and, consequently, receives a protection against constitutional or *Charter* attack.

parent choisissait de s'inscrire comme un tenant des écoles séparées, son enfant ne pouvait alors fréquenter que l'école séparée locale. *An Act respecting Common Schools in Upper Canada*, C.S.U.C. 1859, ch. 64, par. 27(16). En d'autres termes, les parents catholiques romains avaient le choix entre deux régimes d'enseignement public — l'un catholique romain, l'autre non confessionnel. L'article 93 accorde une protection constitutionnelle à ce choix d'enseignement public. C'est pourquoi le régime d'écoles publiques fait partie intégrante du compromis fédéral et est donc protégé contre toute contestation fondée sur la Constitution ou la *Charte*.

47

This protection exists despite the fact that public school rights are not themselves constitutionally entrenched. It is the province's plenary power to legislate with regard to public schools, which are open to all members of society, without distinction, that is constitutionally entrenched. This is what creates the immunity from *Charter* scrutiny. To paraphrase Wilson J., in *Reference Re Bill 30*, *supra*, at p. 1198, funding for public schools is insulated from *Charter* attack as legislation enacted pursuant to the plenary education power granted to the provincial legislatures as part of the Confederation compromise. If the plenary power is so insulated, then so is the proper exercise of it.

Cette protection existe même si les droits relatifs aux écoles publiques ne sont pas eux-mêmes constitutionnalisés. C'est le pouvoir absolu de la province de légiférer relativement aux écoles publiques, qui sont accessibles à tous les membres de la société, sans distinction, qui est constitutionnalisé, d'où l'immunité contre tout examen fondé sur la *Charte*. Pour paraphraser le juge Wilson, à la p. 1198 du *Renvoi relatif au projet de loi 30*, précité, une loi sur le financement des écoles publiques est à l'abri de toute contestation fondée sur la *Charte* en tant que loi adoptée conformément au pouvoir absolu en matière d'éducation que se sont vu accorder les assemblées législatives provinciales dans le cadre du compromis fédéral. Si le pouvoir absolu est à l'abri d'une telle contestation, son exercice légitime l'est aussi.

48

One thing should, however, be made clear. The province remains free to exercise its plenary power with regard to education in whatever way it sees fit, subject to the restrictions relating to separate schools imposed by s. 93(1). Section 93 grants to the province of Ontario the power to legislate with regard to public schools and separate schools. However, nothing in these reasons should be taken to mean that the province's legislative power is limited to these two school systems. In other words, the province could, if it so chose, pass legislation extending funding to denominational schools other than Roman Catholic schools without infringing the rights guaranteed to Roman Catholic separate schools under s. 93(1). See the

Cependant, une chose doit être claire. La province demeure libre d'exercer, comme elle l'entend, son pouvoir absolu en matière d'éducation, sous réserve des restrictions relatives aux écoles séparées imposées par le par. 93(1). L'article 93 confère à la province d'Ontario le pouvoir de légiférer relativement aux écoles publiques et aux écoles séparées. Cependant, on ne devrait pas interpréter les présents motifs comme signifiant que le pouvoir législatif de la province est limité à ces deux régimes scolaires. En d'autres termes, la province pourrait, si elle le désirait, adopter une loi prévoyant le financement d'écoles confessionnelles autres que les écoles catholiques romaines, sans porter atteinte aux droits garantis aux écoles

1996 CanLII 138 (SCC)

words of Gonthier J., writing for the Court, in *Reference re Education Act (Que.)*, *supra*, at p. 551. However, an ability to pass such legislation does not amount to an obligation to do so. To emphasize, s. 93 defines the extent of the obligations of the province to set up and fund denominational schools when public schools are established. In this respect, it is a comprehensive code thereby excluding a different or broader obligation regarding denominational schools, while not restricting the plenary power of the province to establish and fund such other schools as it may decide.

Furthermore, it should be pointed out that all of this is not to say that no legislation in respect of public schools is subject to *Charter* scrutiny, just as this court's ruling in *Reference Re Bill 30* did not hold that no legislation in respect of separate schools was subject to *Charter* scrutiny. Rather, it is merely the fact of their existence, the fact that the government funds schools which are, in the words of the Lord Chancellor, in *Brophy*, *supra*, at p. 214, "designed for all the members of the community alike, whatever their creed" that is immune from *Charter* challenge. Whenever the government decides to go beyond the confines of this special mandate, the *Charter* could be successfully invoked to strike down the legislation in question.

For these reasons, I find that the funding of public schools coupled with the non-funding of private religious schools is immune from *Charter* attack and therefore does not violate s. 15(1) of the *Charter*.

(c) School Health Support Services

With regard to the question of whether any of the appellants have standing to challenge the SHSSP, I agree with the reasons of Weiler J.A. While the record does not show that either Matan Kezwer or Joel Pott would be eligible for the SHSSP if they were enrolled in a public school,

catholiques romaines séparées en vertu du par. 93(1). Voir les propos tenus, au nom de la Cour, par le juge Gonthier dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, précité, à la p. 551. Cependant, la capacité d'adopter une telle loi n'équivaut pas à l'obligation de le faire. Je souligne que l'art. 93 définit l'étendue des obligations de la province de constituer et de financer des écoles confessionnelles lorsqu'il existe des écoles publiques. À cet égard, il établit un code complet, ce qui a pour effet d'exclure une obligation différente ou plus large concernant les écoles confessionnelles, tout en ne limitant pas le pouvoir absolu de la province de constituer et de financer d'autres écoles de son choix.

En outre, il y a lieu de souligner que tout cela ne veut pas dire qu'aucune loi relative aux écoles publiques n'est assujettie à l'examen fondé sur la *Charte*, tout comme notre Cour, dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, n'a pas conclu qu'aucune loi relative aux écoles séparées n'était assujettie à un tel examen. C'est plutôt simplement le fait qu'elles existent, le fait que le gouvernement finance des écoles qui sont, pour reprendre les termes du lord chancelier dans *Brophy*, précité, à la p. 214, [TRADUCTION] «destinées à tous les membres de la collectivité de la même façon, quelle que soit leur foi», qui échappe à toute contestation fondée sur la *Charte*. Chaque fois que le gouvernement décide d'aller au-delà de ce mandat particulier, il serait possible d'invoquer avec succès la *Charte* pour faire annuler la loi en question.

Pour ces motifs, je conclus que le financement des écoles publiques, conjugué au non-financement des écoles confessionnelles privées, échappe à toute contestation fondée sur la *Charte* et ne viole donc pas le par. 15(1) de la *Charte*.

c) Les services de santé pour enfants d'âge scolaire

Quant à la question de savoir si l'un ou l'autre des appelants a qualité pour contester le programme de services de santé pour enfants d'âge scolaire, je souscris aux motifs du juge Weiler de la Cour d'appel. Bien qu'il ne ressorte pas du dossier que Matan Kezwer ou Joel Pott seraient

Walter Elgersma is "in a different category". A government witness, Ms. Spalding-Martin, acknowledged that the health services Walter requires are eligible for funding under the SHSSP. For these reasons, it is my view that Leo Elgersma, as Walter's father, should be granted standing to challenge the SHSSP.

admissibles au programme de services de santé pour enfants d'âge scolaire s'ils étaient inscrits à une école publique, Walter Elgersma se trouve «dans une catégorie différente». Un témoin du gouvernement, M^{me} Spalding-Martin, a reconnu que les services de santé dont Walter a besoin sont admissibles au financement en vertu du programme de services de santé pour enfants d'âge scolaire. Pour ces motifs, je suis d'avis que Leo Elgersma, en tant que père de Walter, devrait avoir qualité pour contester le programme de services de santé pour enfants d'âge scolaire.

52

In 1980, the *Education Act* was amended by Bill 82 which laid the foundation for the SHSSP. The purpose of the Bill was to ensure universal access to public education. The Minister of Education emphasized this goal of accessibility to the public schools:

This bill does two things. First, the basis of universal access contained within the bill guarantees the right of all children, condition notwithstanding, to be enrolled in a school. No longer will retarded children be enrolled after an assessment procedure established in law which has in fact denied universality of access. [*Legislature of Ontario Debates*, 4th sess., 31st parl., May 23, 1980, p. 2135, per Hon. B. Stephenson, Minister of Education.]

En 1980, la *Loi sur l'éducation* a été modifiée par le projet de loi 82 qui a jeté les bases du programme de services de santé pour enfants d'âge scolaire. Le projet de loi avait pour but de garantir un accès universel à l'enseignement public. Le ministre de l'Éducation a insisté sur cet objectif d'accessibilité aux écoles publiques:

[TRADUCTION] Le présent projet de loi réalise deux choses. Premièrement, les bases de l'accès universel que contient le projet de loi garantissent le droit à tous les enfants, sous réserve de certaines conditions, d'être inscrits à une école. Les enfants atteints de déficience mentale ne seront plus inscrits à la suite d'une procédure d'évaluation établie par la loi qui, en fait, refusait l'accès universel. [*Débats de l'Assemblée législative de l'Ontario*, 4^e sess., 31^e législature, 23 mai 1980, p. 2135, l'hon. B. Stephenson, ministre de l'Éducation.]

In addition to the provision for the SHSSP, this legislation included a requirement that every school board provide special education programs for all children who could benefit, including those with intellectual, communication, behavioural and physical disabilities.

En plus de la disposition relative au programme de services de santé pour enfants d'âge scolaire, cette loi exigeait que chaque conseil scolaire offre des programmes d'enseignement à l'enfance en difficulté à tous les enfants qui pourraient en bénéficier, y compris ceux qui sont atteints de déficience intellectuelle ou physique, ou qui ont des problèmes de communication ou de comportement.

53

The SHSSP was implemented through s. 14 of Regulation 552, R.R.O. 1990, made under s. 45 of the *Health Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. H.6. In essence, this regulation provides that certain health-related services provided by a "home care

Le programme de services de santé pour enfants d'âge scolaire a été implanté au moyen de l'art. 14 du règlement 552, R.R.O. 1990, pris en application de l'art. 45 de la *Loi sur l'assurance-santé*, L.R.O. 1990, ch. H.6. Essentiellement, ce règlement prévoit que certains services de santé fournis par un [TRADUCTION] «établissement de soins à domicile»

facility” to children in public and separate schools are publicly insured services.

With respect to whether the failure to extend the SHSSP to private religious schools violates either s. 2(a) or s. 15(1) of the *Charter*, I am in agreement with Dubin C.J.’s resolution of the matter. He characterized the services as “education services” as opposed to “health services”. It is true, as the Elgersma appellants maintain, that catheterization does not look much like an educational service. However, it is necessary to look at the context in which these services are provided. The services are delivered in the public schools. They are designed to ensure that children with special needs have full access to the public school system whose constitutionally protected purpose is to provide education to all members of the community. This purpose is made clear in the speech of the Minister of Education, quoted above. Put another way, the provision of the health services to those qualified is simply a means to an end, a way to ensure access to education. Therefore, the SHSSP is simply a manifestation of the Ontario government’s fulfilling its mandate to provide an education designed for all members of the community and is, thus, immune from *Charter* scrutiny.

Accordingly, I would dismiss the appeal and answer the stated constitutional questions as follows:

1. No.
- 2(a). No.
- 2(b). No.
3. Not necessary to answer.
- 4(a). No.
- 4(b). No.
5. Not necessary to answer.

aux enfants qui fréquentent des écoles publiques ou des écoles séparées constituent des services assurés par l’État.

Quant à la question de savoir si l’omission d’étendre le programme de services de santé pour enfants d’âge scolaire aux écoles confessionnelles privées viole l’al. 2a) ou le par. 15(1) de la *Charte*, je suis d’accord avec la solution retenue par le juge en chef Dubin. Il a qualifié ces services de «services d’enseignement» par opposition à des «services de santé». Il est vrai, comme le maintiennent les appelants du groupe Elgersma, que le cathétérisme ne ressemble pas beaucoup à un service éducatif. Cependant, il faut tenir compte du contexte dans lequel ces services sont fournis. Les services sont offerts dans les écoles publiques. Ils visent à garantir que des enfants qui ont des besoins particuliers aient pleinement accès au régime d’écoles publiques, dont l’objectif protégé par la Constitution est d’offrir un enseignement à tous les membres de la collectivité. Cet objectif ressort clairement du discours précité du ministre de l’Éducation. Autrement dit, la prestation de services de santé à ceux qui sont admissibles constitue simplement un moyen de réaliser une fin, une façon de garantir l’accès à l’enseignement. Par conséquent, le programme de services de santé pour enfants d’âge scolaire montre simplement que le gouvernement de l’Ontario remplit son mandat d’offrir un enseignement conçu pour tous les membres de la collectivité, et il échappe ainsi à tout examen fondé sur la *Charte*.

En conséquence, je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de répondre de la façon suivante aux questions constitutionnelles formulées:

1. Non.
- 2a). Non.
- 2b). Non.
3. Il n’est pas nécessaire d’y répondre.
- 4a). Non.
- 4b). Non.
5. Il n’est pas nécessaire d’y répondre.

The following are the reasons delivered by

Les motifs suivants ont été rendus par

56

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This appeal raises the question of whether the provincial scheme — which denies funding to independent denominational schools established by parents who, for religious reasons, are unable to educate their children in the public schools — violates the freedom of religion and equality guarantees in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si le régime provincial — qui refuse de financer des écoles confessionnelles indépendantes établies par des parents qui, pour des motifs religieux, ne sont pas en mesure de faire éduquer leurs enfants dans les écoles publiques — viole la liberté de religion et les garanties à l'égalité contenues dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.

57

I have had the advantage of reading my colleagues' reasons. I am in agreement with Justice McLachlin that s. 93 of the *Constitution Act, 1867* does not provide an answer to the appellants' *Charter* claim. While s. 93 requires the provinces of Ontario and Quebec to provide funding for schools serving the Roman Catholic and Protestant minorities, respectively, this is the only school support which is constitutionally guaranteed under that section. Where provinces otherwise exercise their plenary powers to provide education, they must, subject to this requirement, comply with the *Charter*.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues; je suis d'accord avec Madame le juge McLachlin que l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne constitue pas une réponse à la revendication des appelants fondée sur la *Charte*. L'article 93 exige des provinces d'Ontario et de Québec qu'elles financent respectivement les écoles des minorités catholiques et protestantes, mais c'est la seule forme de financement scolaire que garantit cet article. Lorsque les provinces exercent leurs pleins pouvoirs en matière d'éducation, elles doivent, sous réserve de cette exigence, se conformer avec la *Charte*.

58

I also agree with McLachlin J.'s reasons which find that the failure to fund the independent religious schools does not constitute a limit on the guarantee of freedom of religion. Given the exemption from public education included in its s. 21, the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, does not compel the appellants to violate the tenets of their religion with respect to education. The burden complained of by the appellants, viz. the cost of sending their children to private schools, being not a prohibition of a religious practice but rather the absence of funding for one, has not historically been considered a violation of the freedom of religion. While these parents do bear a cost which is not imposed on parents who can send their children to public schools, this lack of benefit is more appropriately addressed under s. 15 of the *Charter*, the equality guarantee.

Je suis également d'accord avec Madame le juge McLachlin qui estime que le non-financement des écoles confessionnelles indépendantes ne constitue pas une atteinte à la garantie de liberté de religion. Comme la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, en vertu de l'exemption prévue à son art. 21, dispense de la fréquentation des écoles publiques, elle ne contraint pas les appelants à violer les préceptes de leur religion en matière d'éducation. Le fardeau dont se plaignent les appelants — le coût de l'éducation de leurs enfants dans des écoles privées — ne constituant pas une interdiction de pratique religieuse mais plutôt une absence de financement à ce chapitre, n'a jamais été considéré comme une violation de la liberté de religion. Bien que les parents qui se trouvent dans cette situation doivent assumer un coût qui n'est pas imposé aux parents qui peuvent envoyer leurs enfants dans des écoles publiques, il est plus approprié d'examiner cette absence de bénéfice sous l'angle de l'art. 15 de la *Charte*, la garantie à l'égalité.

I, like McLachlin J., do find that the denial of funding to independent denominational schools effects a *prima facie* violation of s. 15, albeit following a different route. Where I depart most significantly from the reasons of McLachlin J. is in my finding that the funding scheme in the *Education Act* cannot be saved under s. 1, and, accordingly, I cannot agree with the result she reaches on that issue.

On the other hand, this analysis leads me also to find that a denial of health support services for children with disabilities who attend the independent religious schools is impermissible under s. 1, and, consequently, I do agree with the result on this issue which was reached by McLachlin J.

I. Does Denial of Funding to Independent Denominational Schools Constitute a *Prima Facie* Breach of Section 15 of the *Charter*?

In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 171 and at pp. 174-75, McIntyre J. for the court gave this definition of what constitutes discrimination:

It is clear that the purpose of s. 15 is to ensure equality in the formulation and application of the law. The promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration. It has a large remedial component.

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while

À l'instar de Madame le juge McLachlin, j'estime que le non-financement des écoles confessionnelles indépendantes constitue une violation *prima facie* de l'art. 15, quoique pour des motifs différents. Là où je diffère d'opinion de façon plus substantielle avec ma collègue, c'est dans ma conclusion que le régime de financement prévu à la *Loi sur l'éducation* ne saurait se justifier en vertu de l'article premier et, en conséquence, je ne peux être d'accord avec le résultat auquel elle en arrive sur cette question.

Cette analyse m'amène par ailleurs à conclure que le non-financement des services de santé pour enfants handicapés qui fréquentent des écoles confessionnelles indépendantes est interdit en vertu de l'article premier, et, en conséquence, je souscris au résultat auquel arrive Madame le juge McLachlin sur cette question.

I. Le non-financement d'écoles confessionnelles indépendantes constitue-t-il une violation *prima facie* de l'art. 15 de la *Charte*?

Dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, aux pp. 171, 174 et 175, le juge McIntyre, au nom de la Cour, définit comme suit la discrimination:

Il est clair que l'art. 15 a pour objet de garantir l'égalité dans la formulation et l'application de la loi. Favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. Il comporte un aspect réparateur important.

J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un

59

1996 CanLII 148 (SCC)

60

61

those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

62

In *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, I developed an approach to interpreting and applying the equality guarantee of the *Charter* which had the primary objective of giving effect to its purpose, that is, the elimination of discrimination, as opposed to focusing on the enumerated or analogous grounds of the provision. I was concerned that, by focusing on the grounds, we risked ignoring state action which, given its impact on a particular group, would effect or encourage inequality in the surrounding socio-economic context. I advocated "putting 'discrimination' first", at para. 55, through the following principled, three-stage method of analysis:

Dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, j'ai élaboré une méthode pour interpréter et appliquer le droit à l'égalité garanti par la *Charte*; cette méthode visait avant tout à réaliser son objectif, c'est-à-dire l'élimination de la discrimination, plutôt que de mettre l'accent sur les motifs énumérés ou les motifs analogues. Je craignais qu'en mettant l'accent sur les motifs nous ne prenions le risque de ne pas tenir compte de mesures prises par l'État qui, par leur effet sur un groupe particulier, entraîneraient ou favoriseraient une inégalité dans le contexte socio-économique existant. J'ai suggéré, au par. 55, que la «discrimination [soit placée] au premier plan» dans le cadre d'une méthode d'analyse fondée sur des principes, comportant les trois étapes suivantes:

In my view, for an individual to make out a violation of their rights under s. 15(1) of the *Charter*, he or she must demonstrate the following three things:

À mon avis, pour établir que les droits qui lui sont garantis par le par. 15(1) de la *Charte* ont été violés, un particulier doit faire la preuve des trois éléments suivants:

- (1) that there is a legislative distinction;
- (2) that this distinction results in a denial of one of the four equality rights on the basis of the rights claimant's membership in an identifiable group;
- (3) that this distinction is "discriminatory" within the meaning of s. 15.

- (1) la loi crée une distinction;
- (2) cette distinction entraîne une négation de l'un des quatre droits à l'égalité, fondée sur l'appartenance de la personne qui invoque le droit à un groupe identifiable;
- (3) cette distinction est «discriminatoire» au sens de l'art. 15.

63

In elaborating the content of the third stage of the analysis I also found, at para. 56, that:

Élaborant sur le contenu de la troisième étape de l'analyse, j'ai été d'avis, au par. 56, que:

A distinction is discriminatory within the meaning of s. 15 where it is capable of either promoting or perpetuating the view that the individual adversely affected by this distinction is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration. This examination should be undertaken from a subjective-objective perspective: i.e. from the point of view of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as, the group of which the rights claimant is a member.

Une distinction est discriminatoire au sens de l'art. 15 si elle est susceptible de favoriser ou de perpétuer l'opinion que les individus lésés par cette distinction sont moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération. Cette analyse devrait être effectuée suivant une norme subjective-objective, c'est-à-dire du point de vue de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable au groupe auquel appartient la personne qui invoque le droit.

Furthermore, in determining whether discrimination has occurred, it is necessary to reconstruct the context in which the distinction arises. Two categories of factors prove particularly instructive: (1) the nature of the group adversely affected by the distinction, and (2) the nature of the interest adversely affected by the distinction. Where the group identified by the distinction is socially vulnerable and delineated by characteristics which are popularly conceived of as fundamental to personhood, the distinction is more likely to be considered discriminatory. Where the interest involves an economic benefit, protection of the right to the benefit must be incidental to protection of the worth and dignity of a human person. (See *Egan*, *supra*, at paras. 58 to 65.)

An evaluation of the interest at stake must, however, reach beyond economic prejudice to the constitutional and societal significance of the interest or interests adversely affected. Distinctions which restrict access to a fundamental social institution or affect an aspect of full membership in Canadian society are more likely to constitute discrimination. Also, as I concluded in *Egan*, *supra*, at para. 64:

It stands to reason that a group's interests will be more adversely affected in cases involving complete exclusion or non-recognition than in cases where the legislative distinction does recognize or accommodate the group, but does so in a manner that is simply more restrictive than some would like. [Emphasis in original.]

In the end, the distinction must be shown to violate a basic right to equal human dignity and worth in the context of both the nature of the group and the interest. This approach is primarily effects-oriented in its contextual determination of the impact of the legislation in question on a particular group. Inherent in this model is a recognition of the importance of adverse impact discrimination in our present-day society, which, as my colleagues Justices Sopinka and McLachlin have stated, is a principle which has been clearly recognized by this Court. (See *Egan*, *supra*, at para. 78.)

En outre, pour déterminer s'il y a eu discrimination, il est nécessaire de reconstituer le contexte dans lequel se présente la distinction. Deux catégories de facteurs sont tout particulièrement instructifs: (1) la nature du groupe lésé par la distinction et (2) la nature du droit auquel la distinction porte atteinte. Dans le cas où le groupe visé par la distinction est vulnérable sur le plan social et délimité par des caractéristiques qui sont généralement perçues comme fondamentales à la personnalité, cette distinction sera plus susceptible d'être considérée comme discriminatoire. Dans le cas où le droit vise un avantage économique, la protection du droit à cet avantage doit se rattacher à la protection de la valeur et de la dignité de la personne. (Voir *Egan*, précité, aux par. 58 à 65.)

Cependant, dans la détermination du droit en cause, il faut aller au-delà du préjudice économique et mesurer l'importance, sur le plan de la Constitution et de la société, du droit ou des droits auxquels il a été porté atteinte. Les distinctions qui restreignent l'accès à une institution sociale fondamentale ou compromettent un aspect fondamental de la pleine appartenance à la société canadienne sont plus susceptibles d'être discriminatoires. De plus comme je l'ai conclu dans *Egan*, précité, au par. 64:

On peut penser que les droits du groupe qui est complètement exclu ou ignoré seront touchés plus gravement que si la distinction législative reconnaît ou accommode effectivement le groupe, de façon cependant plus limitée que certains le souhaiteraient. [Souligné dans l'original.]

En fin de compte, il faut établir que la distinction porte atteinte à un droit fondamental à l'égalité dans la dignité et la valeur de la personne, à la fois dans le contexte de la nature du groupe et du droit touché. Cette démarche est principalement axée sur les effets lorsqu'elle examine dans son contexte l'incidence de la loi en question sur un groupe particulier. Ce modèle reconnaît en soi l'importance de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable dans notre société moderne; ce principe, comme l'ont indiqué mes collègues les juges Sopinka et McLachlin, a clairement été reconnu par notre Cour. (Voir *Egan*, précité, au par. 78.)

66

Our initial tasks involve determining, first, whether a distinction is created by the legislation between the appellants and others in the surrounding social context; and second, whether this distinction results in the denial of one of the claimants' four basic equality rights on the basis of their membership in an identifiable group. The basic equality guarantees include: equality before the law, equality under the law, equal protection of the law, and equal benefit of the law.

67

In the *Education Act* scheme, parents have three choices in undertaking the mandatory education of their children: enrollment in Roman Catholic religious schools, in the public schools, or, if for some reason, the parents cannot or do not want to send their children to these schools, in an alternative educational environment which the state considers a satisfactory substitute. In the first two options, the costs of the children's education are paid by the state. Under the third option, parents provide for their children's education at their own expense.

68

The distinction affecting the appellants arises in regard to the third option. For some parents who make this choice, membership in an identifiable group is not a factor; theirs is truly an individual preference. For these parents the public education system is accessible without discrimination, as it is to those who choose the first two options. For others, including the appellants in this case, membership in an identifiable group precludes their accessing the other, publicly funded, options. Evidence submitted by the appellants and accepted by the trial judge establishes that to remain a member of the particular religious communities in question, and to act in accordance with the tenets of these faiths, the appellants are required to educate their children in a manner consistent with this faith and therefore outside of the public or the separate schools. Also established by the appellants' evidence according to the judgment of first instance was the finding that control over the education of their children was essential to the continuation of the religious communities in question. None of the

Il nous faut tout premièrement déterminer si la loi crée une distinction entre les appelants et d'autres personnes dans le contexte social en cause et, deuxièmement, si cette distinction entraîne une négation de l'un des quatre droits à l'égalité, fondée sur l'appartenance de la personne qui invoque le droit à un groupe identifiable. Ces garanties fondamentales à l'égalité comprennent l'égalité devant la loi, l'égalité dans la loi, l'égalité de bénéfice et la protection égale de la loi.

Dans le régime créé en vertu de la *Loi sur l'éducation*, les parents ont trois choix relativement à l'éducation obligatoire de leurs enfants: les inscrire dans des écoles confessionnelles catholiques romaines, dans des écoles publiques ou encore dans une école parallèle que l'État considère comme satisfaisante lorsque les parents ne peuvent ou ne veulent pas, pour une raison ou pour une autre, envoyer leurs enfants dans les deux premiers types d'écoles. Dans le cas des deux premières options, l'État assume les coûts de l'éducation des enfants. Dans la troisième, ce sont les parents qui assument ces coûts.

La distinction qui touche les appelants en l'espèce correspond à la troisième option. Pour certains parents qui retiennent cette option, l'appartenance à un groupe identifiable n'est pas un facteur, leur choix constituant vraiment une préférence personnelle. Le système d'instruction publique leur est accessible sans distinction, tout comme il l'est à ceux qui choisissent les deux premières options. Pour d'autres, et j'inclus dans ce groupe les appelants en l'espèce, l'appartenance à un groupe identifiable les empêche d'envisager les autres options financées par le trésor public. Selon la preuve que les appelants ont présentée et que le juge de première instance a acceptée, pour continuer à faire partie des communautés religieuses particulières ici en cause et pour se conformer aux préceptes de leur foi, les appelants doivent faire instruire leurs enfants d'une manière compatible avec leur foi et en conséquence à l'extérieur du système des écoles publiques ou des écoles séparées. Par ailleurs, selon la décision du juge de première instance, la preuve déposée par les appelants permet également

1990 CanLII 148 (SCC)

parties before our court has contested the *bona fides* of the religious beliefs held by the appellants.

While the legislature may not have intended to create this distinction, the effect of the legislative choice is to distinguish between parents who can access the public schools, and those, like the appellants, who cannot, for religious reasons. This distinction results in the total denial of the equal benefit of funded education for the appellants on the basis of their membership in an identifiable group, a group made up of small religious minority communities.

My colleague, Sopinka J., finds that the religions of the appellants cause the denial of the benefit as opposed to the legislation. Adopting the judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 19 O.R. (3d) 1, as delivered by Dubin C.J., he concludes that the legislature has created an education system which, owing to its secular nature, accommodates all parents of all religious beliefs. In the view of Sopinka J., it is the religion of the appellants which precludes their access to this publicly funded service, a religion which the appellants have chosen freely without state coercion. McLachlin J. presents the differing view, that the chosen aspect of religion does not have a part to play in determining whether discrimination has taken place. In her opinion, if state action which discriminates on the basis of religion can be excused on the grounds that religion is a choice, and that the individuals may choose to avoid the negative impact which arises from the state's response to their religious identity, discrimination on the basis of religion will become an empty concept. I agree.

While I stated in *Egan*, *supra*, that the degree of choice which a person may be expected to have in identifying with a particular group will be relevant to our determination, this analysis must be undertaken from the subjective-objective perspective which I have outlined above. We must determine

de conclure que le contrôle sur l'éducation des enfants est essentiel à la survie des communautés religieuses en question. Aucune des parties devant notre Cour n'a contesté le caractère *bona fide* des croyances religieuses des appelants.

Bien que la législature n'ait peut-être pas voulu créer cette distinction, le choix qu'elle a arrêté a pour effet d'établir une distinction entre les parents qui peuvent avoir accès au système d'écoles publiques et ceux qui, comme les appelants, ne peuvent y avoir accès pour des motifs religieux. Cette distinction entraîne pour les appelants une négation totale du droit au même bénéfice de l'éducation financée du fait qu'ils appartiennent à un groupe identifiable — un groupe composé de petites communautés religieuses minoritaires.

Mon collègue le juge Sopinka est d'avis que c'est en raison de leur religion et non de la loi en cause que les appelants sont privés du bénéfice en question. Se fondant sur l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 19 O.R. (3d) 1, prononcé par le juge en chef Dubin, le juge Sopinka conclut que la législature a créé un système d'éducation qui, à cause de son caractère laïque, répond aux besoins de tous les parents, quelle que soit leur foi. Selon le juge Sopinka, c'est leur religion qui empêche les appelants d'avoir accès à l'éducation financée sur les deniers publics, religion qu'ils ont librement choisie sans contrainte de l'État. Le juge McLachlin, d'un avis différent, estime que le choix de la religion ne joue aucun rôle lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a eu discrimination. Selon elle, si l'on peut excuser une mesure prise par l'État — qui discrimine pour un motif religieux — sur le fondement que la religion est une question de choix et qu'une personne peut décider d'éviter les répercussions négatives qui découlent de la mesure prise par l'État, la discrimination fondée sur un motif de religion deviendra un concept dénué de sens. Je suis entièrement d'accord.

Bien que j'aie affirmé dans *Egan*, précité, que le degré de choix qu'une personne pourrait avoir pour s'identifier à un groupe particulier sera pertinent dans notre évaluation, il faut entreprendre cette analyse suivant la norme subjective-objective que j'ai déjà exposée. Nous devons déterminer si

69

1996 CanLII 148 (SCC)

70

71

whether the individual in question, in the circumstances, would consider him- or herself to have a choice. For members of religious communities, particularly those of the appellants, this is clearly not the case. What might be termed an objective choice of a particular religion from the court's point of view, will, from the religious adherent's perspective, entail a moral imperative. Also, commitment and adherence to the beliefs and practices of one's religion define one's membership in the particular religious community. From the point of view of the community and its members, these are not optional but essential defining features of leading a moral life.

la personne concernée considérerait qu'elle a un choix dans les circonstances. Pour certaines communautés religieuses, notamment celles dont font partie les appelants, ce n'est manifestement pas le cas. Ce que le tribunal pourrait considérer comme un choix objectif d'une religion particulière comportera, du point de vue du pratiquant, un impératif moral. Par ailleurs, le respect des croyances d'une religion et l'adhérence à ses pratiques définissent l'appartenance à une communauté religieuse. Du point de vue de la communauté religieuse et de ses membres, ce ne sont pas là des caractéristiques facultatives, mais bien des caractéristiques essentielles d'une vie morale.

72 While s. 2(a) of the *Charter* is primarily concerned with the necessary limits to be placed on the state in its potentially coercive interference with the original, objectively perceived religious "choice" that individuals make, s. 15 ensures that consequences in behaviour and belief, which flow from this initial choice and are not perceived by the rights claimant as optional, not be impacted upon by state action in such a way as to attack the inherent dignity and consideration which are due all human persons. The protections afforded in s. 15 may thus be of greater scope than those in s. 2(a), as our concern moves from the coercive aspect of the state action to its impact on the individuals' and groups' sense of dignity and worth in the socio-economic context of the day.

Si l'alinéa 2a) de la *Charte* s'intéresse avant tout aux restrictions qu'il faut apporter à une possibilité d'ingérence coercitive de l'État dans le «choix» initial objectif qu'une personne fait de sa religion, l'art. 15, lui, garantit que les conséquences sur le plan du comportement et de la foi — liées à ce choix initial et non considérées comme facultatives par celui qui invoque ces droits — ne seront pas touchées par des mesures prises par l'État d'une façon qui porte atteinte à la dignité et à la considération inhérentes dont il faut faire preuve envers tout être humain. En conséquence, les mécanismes de protection prévus à l'art. 15 pourraient être d'une plus grande étendue que ceux visés à l'al. 2a) du fait que notre préoccupation passe alors de l'aspect coercitif de la mesure prise par l'État à son incidence sur la valeur et la dignité de la personne et du groupe dans le contexte socio-économique du jour.

73 In accordance with its inherent focus on human dignity and worth, s. 15 may require not only that the state program be formally open to all members of society, but also that it include extra steps, or accommodation, to ensure equal access, in real terms, by all members of society to the benefit in question. The principle of accommodation for religious beliefs is well accepted in Canadian human rights law, as evidenced by the case of *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561, to which my colleague McLachlin J. refers. This principle has been incorporated into the substantive approach to equality which was

Comme il vise en soi la dignité et la valeur de la personne, l'art. 15 peut exiger non seulement que le programme gouvernemental soit officiellement accessible à tous les membres de la société, mais aussi qu'il prévoie des mesures supplémentaires, ou des adaptations, pour assurer que tous les membres de la société aient réellement un accès égal à l'avantage en question. Comme en témoigne l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, mentionné par ma collègue Madame le juge McLachlin, la jurisprudence canadienne en matière de droits de la personne reconnaît bien le principe

first articulated in *Andrews, supra*, and has remained, in principle, that adopted by the majority of this Court. (See *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Egan, supra*.)

In *Andrews, supra*, at p. 175, McIntyre J., writing for the majority on this issue, recognized that general principles of human rights law will apply to the interpretation of s. 15 of the *Charter*. Moreover, in developing a definition of discrimination, he referred specifically at p. 173 to the case of *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, which expresses the principle of accommodation as forming a necessary aspect of determining whether facially neutral actions are discriminatory. Professor Peter W. Hogg also asserts that the application of s. 15 of the *Charter* will involve the concept of accommodation, especially given its prohibition of adverse effects discrimination. As he explains in *Constitutional Law of Canada* (vol. 2, 3rd ed. 1992 (Supplemented)), at pp. 52-32 and 52-33 (referring to a point made by Dale Gibson, *The Law of the Charter: Equality Rights* (1990), at p. 133):

[I]t is a necessary corollary of the rule that discrimination may be indirect and unintended that a law may have to make reasonable accommodation for those who, by reason of religious affiliation or disability (for example), are discriminated against by otherwise neutral laws.

Decisions by this court on the basis of the freedom of religion guarantee in s. 2(a) have also recognized that accommodation or differential treatment may be necessary to avoid indirect coercion under state action. (See *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, *per* Dickson J. (as he then was), at p. 347; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713.)

de l'accommodement des croyances religieuses. Ce principe a été incorporé dans l'analyse de fond des questions d'égalité, initialement articulée dans *Andrews*, précité, et est demeuré, en principe, celui adopté par notre Cour à la majorité. (Voir *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Egan*, précité.)

Dans *Andrews*, précité, à la p. 175, le juge McIntyre, s'exprimant au nom de la majorité sur cette question, a reconnu que les principes généraux des lois sur les droits de la personne s'appliqueront à l'interprétation de l'art. 15 de la *Charte*. Par ailleurs, dans l'établissement d'une définition de la discrimination, le juge McIntyre mentionne explicitement, à la p. 173, l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, qui établit que le principe de l'accommodement constitue un élément nécessaire de la réponse à la question de savoir si une action apparemment neutre est discriminatoire. Le professeur Peter W. Hogg affirme également que l'application de l'art. 15 de la *Charte* fera intervenir le concept de l'accommodement, tout particulièrement quand il interdit la discrimination par suite d'un effet discriminatoire. Comme il l'explique dans *Constitutional Law of Canada* (vol. 2, 3^e éd. augmentée 1992), aux pp. 52-32 et 52-33 (se référant aux propos de Dale Gibson dans *The Law of the Charter: Equality Rights* (1990), à la p. 133):

[TRADUCTION] [L]a règle que la discrimination peut être indirecte et non voulue a nécessairement comme corollaire qu'une loi puisse devoir offrir un accommodement raisonnable à ceux qui, en raison de leur appartenance à une religion ou d'un handicap (par exemple), sont victimes de discrimination en vertu de lois par ailleurs neutres.

Dans ses arrêts sur la garantie de liberté de religion visée à l'al. 2a), notre Cour a aussi reconnu que des accommodements ou un traitement différent pourraient être nécessaires pour éviter une contrainte indirecte découlant d'une mesure prise par l'État. (Voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), à la p. 347; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.)

75

While one might argue that the exemption for religious parents contained in s. 21 of the *Education Act* constitutes the necessary accommodation, in my view, such accommodation addresses the potential coercive aspect of mandatory secular education alone, and thus allows the impugned legislation to meet the requirements of s. 2(a). However, it does not achieve the necessary accommodation required under s. 15 where unequal access to a benefit is involved. In a case of unequal benefit, accommodation will mean taking the steps necessary to ensure access to these parents without discrimination. Given the complete denial of this benefit to those who cannot access it for religious reasons, I conclude that the equal benefit of a publicly funded education has been denied the appellants on the basis of a distinction which relates to their membership in an identifiable group.

76

The final step to take within a s. 15 analysis is to ask whether the distinction is one capable of promoting or perpetuating a view that the appellants are, by virtue of their religious beliefs, less capable or worthy of recognition or value as human beings or members of Canadian society equally deserving of concern, respect, and consideration. As I stated above, in carrying out this final stage of the analysis, consideration must be given to both the nature of the group affected and the nature of the interest. These together make up the all-important social context in which the distinction arises.

77

In *Egan, supra*, at para. 59, I explained that the kinds of questions which arise in the analogous grounds approach to determining whether a particular group comes within the purview of the s. 15 guarantee continue to be instructive in deciding whether the nature of the group supports a finding of discrimination in a particular social context:

Furthermore, it is important to ask ourselves questions such as "Is the adversely affected group already a victim of historical disadvantage?"; "Is this distinction reasonably capable of aggravating or perpetuating that disad-

Bien que l'on puisse soutenir que la dispense que l'art. 21 de la *Loi sur l'éducation* offre aux parents appartenant à une religion particulière constitue l'accommodement nécessaire, à mon avis, cet accommodement répond uniquement à l'aspect coercitif potentiel de l'enseignement laïque obligatoire et permet en conséquence à la loi attaquée de satisfaire aux exigences de l'al. 2a). Cependant, l'art. 21 n'offre pas l'accommodement nécessaire exigé en vertu de l'art. 15 dans le cas où il y a une inégalité de bénéfice. Dans ce cas, l'accommodement emporte l'établissement des mesures qui permettront aux parents en cause de bénéficier d'un accès non discriminatoire à l'éducation. Puisqu'il y a une négation complète du bénéfice, en ce qui concerne les personnes privées de ce bénéfice pour des motifs religieux, je conclus que le même bénéfice de l'éducation financée par des fonds publics a été refusé aux appelants pour un motif fondé sur leur appartenance à un groupe identifiable.

Il convient en dernier lieu, dans le cadre de l'art. 15, de se demander si la distinction est susceptible de promouvoir ou de perpétuer l'opinion suivant laquelle les appelants sont, en raison de leurs croyances religieuses, moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération. Comme je l'ai déjà mentionné, à cette dernière étape de l'analyse il faut tenir compte de la nature du groupe lésé et de la nature du droit. L'ensemble de ces éléments constitue l'important contexte social dans lequel se situe la distinction.

Au paragraphe 59 de l'arrêt *Egan*, précité, j'ai expliqué que les types de questions que l'on se pose dans le cadre de la méthode des motifs analogues — pour déterminer si un groupe particulier bénéficie de la garantie visée à l'art. 15 — continuent d'être pertinentes lorsque l'on doit décider si la nature du groupe justifie une conclusion de discrimination dans un contexte social particulier:

En outre, nous devons nous poser des questions du genre suivant: «Le groupe lésé est-il déjà victime d'un désavantage historique?» «La distinction est-elle raisonnablement susceptible d'aggraver ou de perpétuer ce

vantage?"; "Are group members currently socially vulnerable to stereotyping, social prejudice, and/or marginalization?"; and "Does this distinction expose them to the reasonable possibility of future social vulnerability to stereotyping, social prejudice and/or marginalization?" Membership in a "discrete and insular minority", lacking in political power and thus susceptible to having its interests overlooked, is yet another consideration that may be taken into account.

While under the grounds-oriented approach to equality these questions would be seen as unnecessary given that religion is an enumerated ground, I find it important to consider them in determining the discriminatory effects of the legislation in question in this appeal. In answering these queries with respect to the appellants' religious communities, it becomes evident that they constitute the quintessential group deserving of protection under s. 15.

The group to which the Adler and Elgersma appellants belong includes religious communities which might be termed minorities-within-minorities. As the appellants claim and the courts below have accepted, these are small religious groups which have attempted to protect their adherents from the assimilating effects of secular society. They have struggled to maintain a space for a lifestyle which is infused with religious belief and practice.

Dissentient minority religious groups have probably suffered most severely from the historic disadvantage which has adhered to religious identity. Examples abound in earlier jurisprudence of this Court. (See *National Trust Co. v. Christian Community of Universal Brotherhood Ltd.*, [1941] S.C.R. 601; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121.) In today's secular society, it stands to reason that religious subgroups which have attempted to maintain a non-secular lifestyle are even more vulnerable to stereotype, social prejudice and marginalization.

désavantage?» «Les membres du groupe sont-ils actuellement exposés aux stéréotypes, aux préjugés sociaux ou à la marginalisation?» «Du fait de la distinction, risquent-ils d'être exposés dans l'avenir aux stéréotypes, aux préjugés sociaux ou à la marginalisation?» L'appartenance à une «minorité discrète et insulaire» dépourvue de tout pouvoir politique et, à ce titre, susceptible de voir ses droits négligés, est un facteur dont on peut également tenir compte.

Malgré que, selon l'approche de l'examen de l'égalité fondée sur les motifs, ces questions puissent être perçues comme inutiles — la religion étant un motif énuméré — j'estime important d'en tenir compte pour déterminer les effets discriminatoires de la loi en cause dans le présent pourvoi. Lorsque l'on répond à ces questions relativement aux communautés religieuses dont font partie les appelants, il devient évident qu'elles constituent le groupe quintessenciel qui mérite d'être protégé en vertu de l'art. 15.

Le groupe auquel appartiennent les appelants Adler et Elgersma comporte des communautés religieuses que l'on pourrait qualifier de minorités à l'intérieur de minorités. Comme le soutiennent les appelants et comme l'ont accepté les tribunaux d'instance, ces communautés sont de petits groupes religieux qui ont tenté de protéger leurs adeptes contre les effets assimilateurs d'une société laïque. Ces communautés luttent pour arriver à maintenir un style de vie imprégné de croyances et de pratiques religieuses.

Les groupes confessionnels minoritaires dissidents sont probablement ceux qui ont le plus sérieusement souffert du désavantage historique rattaché à l'identité religieuse. La jurisprudence de notre Cour regorge d'exemples. (Voir *National Trust Co. c. Christian Community of Universal Brotherhood Ltd.*, [1941] R.C.S. 601; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.) Dans la société laïque moderne, il va de soi que les sous-groupes religieux qui ont tenté de maintenir un style de vie non laïque sont encore plus exposés aux stéréotypes, aux préjugés sociaux ou à la marginalisation.

81 These communities also constitute discrete and insular minorities, as their attempts to maintain a religious life leads them to distance themselves somewhat from the secular institutions of the larger society around them. While some may say this is their choice, we must remember that, in evaluating discriminatory effects of state action, we are concerned with its potential impact within the broader societal context. Insularity has become necessary to maintaining the religious lifestyle practised by the appellants by virtue of the powerful economic and other forces of secularization in society. Such insularity clearly carries with it the danger of such a group's interests being overlooked. The questions which I concluded above to be indicative of the vulnerability of a particular group to discrimination would all be answered in the affirmative for the appellants. They constitute a group which is most clearly intended to receive *Charter* protection under s. 15.

Ces communautés constituent également des minorités discrètes et insulaires puisque leur tentative de maintien d'une vie religieuse les amène à s'écarter quelque peu des institutions laïques de l'ensemble de la société autour d'elles. Certains diront que c'est leur choix; cependant, dans l'examen des effets discriminatoires des mesures prises par l'État, il faut se rappeler que c'est l'impact possible de ces mesures sur l'ensemble du contexte social qui nous intéresse. En raison des puissantes forces économiques et autres qui jouent en faveur de la laïcisation dans notre société, les appellants ont dû devenir un groupe insulaire pour maintenir leur style de vie religieux. De toute évidence, cette insularité comporte le risque que soient ignorés les droits d'un tel groupe. Les questions qui, selon ma conclusion, constituent une indication de la vulnérabilité d'un groupe particulièrement susceptible d'être discriminé, doivent toutes recevoir une réponse affirmative en ce qui concerne les appelants. Les appelants constituent, en effet, un groupe que l'art. 15 de la *Charte* visait le plus clairement à protéger.

82 As for the nature of the interest involved, as I have already stated, financial prejudice alone will not support a finding of discrimination. However, in this case, as in *Egan, supra*, the consequences which flow from the denial of an economic benefit are necessarily incidental to protecting the dignity and value of the appellants. Both of the lower courts accepted the appellants' evidence that education of their children in accordance with religious practices and beliefs was essential to their membership in the religious communities in question as well as to the very survival of these communities. The educational practices of religious communities merit special attention given their necessity to future membership in these faiths. Thus, mandatory, publicly funded state education policies may attract a greater degree of *Charter* scrutiny under s. 15 than other institutions which will not have as great an impact on the continuation of the religious community in question.

Quant à la nature du droit touché, comme je l'ai déjà indiqué, le préjudice financier pris isolément ne permettra pas de conclure à la discrimination. Cependant, en l'espèce, comme dans *Egan*, précité, les conséquences qui découlent de la négation d'un bénéfice économique sont nécessairement accessoires à la protection de la dignité et de la valeur des appelants. Les tribunaux de première instance et d'appel ont accepté la preuve des appelants selon laquelle l'éducation de leurs enfants en conformité avec les pratiques et croyances de leur religion constitue un facteur essentiel de leur appartenance aux communautés religieuses concernées et de la survie même de ces communautés. Il y a lieu d'accorder une attention spéciale aux pratiques pédagogiques des communautés religieuses vu qu'elles représentent un aspect nécessaire de l'adhésion future à ces religions. En conséquence, les politiques relatives au système d'éducation publique obligatoire pourraient bien donner lieu à un examen plus poussé en vertu de l'art. 15 de la *Charte* que dans le cas d'autres institutions qui n'auraient pas une incidence aussi grande sur la survie de la communauté religieuse en cause.

In *Egan, supra*, at para. 86, I made the following observation:

Official state recognition of the legitimacy and acceptance in society of a particular type of status or relationship may be of greater value and importance to those affected than any pecuniary gain flowing from that recognition.

Denial of any funding to the appellants constitutes not only a financial prejudice, but also a complete non-recognition of their children's educational needs and the children's and parents' fundamental interest in the continuation of their faith.

The interests at stake for the appellants, being the recognition and continuation of these communities, are clearly recognized as relevant to the fundamental purposes of the *Charter*. This conclusion can be drawn from the incorporation of the principle of accommodation in the interpretation of s. 2(a) and s. 15. Moreover, it is consonant with the interpretive guidance of s. 27 which reads as follows:

27. This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

In applying this provision to the application of the freedom of religion guarantee of the *Charter* in *Big M Drug Mart Ltd.* and *Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, Dickson C.J. held that religion forms an integral part of the multicultural heritage of Canada. The interests underlined in s. 27, they being both "the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians" (emphasis added) thus informed an approach to freedom of religion which could impose on the state the duty to accommodate religious minorities where the adverse and coercive impact of a secular law required it. (See *Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at pp. 337-38; *Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at p. 758.) In applying s. 15 in the context of the denial of funding for education to those who cannot access it for religious reasons, s. 27 supports a finding that the interests at stake, the preservation and continuation of the communities in question, do form interests fundamental to the purposes of the *Charter*.

Dans *Egan*, précité, au par. 86, j'ai fait l'observation suivante:

La reconnaissance officielle par l'État de la légitimité et de l'acceptation dans la société d'une situation ou relation particulière peut revêtir plus de valeur et d'importance aux yeux de ceux qui sont touchés que tout gain pécuniaire découlant de cette reconnaissance.

Le refus de quelque financement que ce soit aux appelants constitue non seulement un préjudice financier mais aussi une absence complète de reconnaissance des besoins pédagogiques des enfants et du droit fondamental des enfants et des parents au maintien de leur religion.

Les droits en jeu pour les appelants — la reconnaissance et la survie de leurs communautés — sont clairement pertinents en ce qui concerne les objectifs fondamentaux de la *Charte*. Cette conclusion découle de l'incorporation du principe d'accommodement dans l'interprétation de l'al. 2a) et de l'art. 15. Par ailleurs, elle est compatible avec la directive qu'offre l'art. 27 en matière d'interprétation:

27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

Dans *Big M Drug Mart Ltd.* et *Edwards Books and Art Ltd.*, précités, appliquant cette disposition à la liberté de religion garantie par la *Charte*, le juge en chef Dickson a statué que la religion fait partie intégrante du patrimoine multiculturel des Canadiens. Les droits sous-jacents à l'art. 27, «le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens» (je souligne), ont ainsi nourri une conception de la liberté de religion qui pouvait imposer à l'État l'obligation d'accommoder les minorités religieuses lorsque l'incidence négative et coercitive d'une loi de caractère laïque l'exigeait. (Voir *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, aux pp. 337 et 338; *Edwards Books and Art Ltd.*, précité, à la p. 758.) Dans l'application de l'art. 15 au contexte du non-financement de l'éducation de personnes ne pouvant y avoir accès pour des motifs religieux, l'art. 27 permet de conclure que les droits en jeu, le maintien et la survie des communautés en question, constituent des droits fondamentaux pour les fins de la *Charte*.

86

At issue here are the efforts of small, insular religious minority communities seeking to survive in a large, secular society. As such, the complete non-recognition of this group strikes at the very heart of the principles underlying s. 15. This provision, more than any other in the *Charter*, is intended to protect socially vulnerable groups from the discriminatory will of the majority as expressed through state action. The distinction created under the *Education Act* gives the clear message to these parents that their beliefs and practices are less worthy of consideration and value than those of the majoritarian secular society. They are not granted the same degree of concern, dignity and worth as other parents. I conclude that the *Education Act* funding scheme results in a *prima facie* violation of s. 15's guarantee of equal benefit of the law without discrimination. To use the metaphor which I developed in *Egan*, we cannot imagine a deeper scar being inflicted on a more insular group by the denial of a more fundamental interest; it is the very survival of these communities which is threatened.

II. Is the Denial of Funding to Independent Denominational Schools Reasonably Justified under Section 1?

87

A violation of s. 15(1) may be saved under s. 1 if the impugned distinction is demonstrably justifiable in our free and democratic society. I am of the opinion, however, that the instant violation cannot be salvaged by s. 1, as it is not proportionately tailored to the pressing objectives of the legislation.

88

As an introduction to the s. 1 analysis of the legislation in question, I find it necessary to make some observations regarding the general purposes of this provision and how these should inform the degree of judicial deference accorded the legislature's choice in a particular case.

En l'espèce, le litige a trait aux efforts de petites communautés minoritaires religieuses insulaires qui cherchent à survivre à l'intérieur d'une société laïque. C'est pourquoi l'absence totale de reconnaissance de ce groupe va au cœur des principes sous-jacents à l'art. 15. Plus que toute autre disposition de la *Charte*, l'art. 15 vise à protéger des groupes vulnérables sur le plan social contre la volonté de discrimination d'une majorité qu'expriment les mesures prises par l'État. La distinction créée par la *Loi sur l'éducation* transmet clairement aux parents en cause le message que leurs croyances et pratiques sont moins dignes de considération et de valeur que celles de la société laïque majoritaire. Ils ne bénéficient pas du même niveau de considération, de dignité et de valeur que d'autres parents. Je conclus que le régime de financement prévu dans la *Loi sur l'éducation* contrevient *prima facie* à la garantie au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, qui est prévue à l'art. 15. Pour employer la métaphore que j'ai élaborée dans *Egan*, on ne saurait songer à une marque plus profonde sur un groupe plus minoritaire et insulaire par la négation d'un droit plus fondamental; c'est la survie même de ces communautés qui est menacée.

II. Le non-financement des écoles confessionnelles indépendantes est-il justifié en tant que limite raisonnable en vertu de l'article premier?

Une violation du par. 15(1) peut être sauvegardée en vertu de l'article premier si la distinction attaquée possède une justification qui puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Je suis d'avis toutefois que la violation en l'espèce ne saurait être sauvegardée par l'article premier car elle n'est pas proportionnellement adaptée aux pressants objectifs de la loi.

En guise d'introduction à l'analyse de la loi en question en vertu de l'article premier de la *Charte*, je ferai quelques observations sur les objectifs généraux de cette disposition et sur la façon dont ces objectifs devraient définir le degré de retenue dont les tribunaux devraient faire preuve à l'égard du choix du législateur dans un cas particulier.

As is well known, the case of *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, provided the first occasion for this Court to develop the principles of judicial review of the state's justification for limits imposed on a *Charter* right, in accordance with s. 1. An approach was developed, subsequently referred to as the "*Oakes test*", which was meant to provide a universal and onerous standard of review of the evidence and argument submitted by state representatives in defence of a *prima facie* breach of the *Charter*.

In *Oakes*, *supra*, writing for the Court on this issue, Dickson C.J. applied a purposive approach to interpreting s. 1. He noted that, while constitutionally guaranteeing the rights and freedoms of the *Charter*, s. 1 also gave a clear signal that these entitlements were not unlimited in scope. However, for limits to be considered "reasonable", they must be justified in a "free and democratic society" and therefore necessarily informed by the values and principles underlying the *Charter* itself:

Inclusion of these words as the final standard of justification for limits on rights and freedoms refers the Court to the very purpose for which the *Charter* was originally entrenched in the Constitution: Canadian society is to be free and democratic. The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified. [*Oakes*, *supra*, at p. 136.]

In subsequent applications of the *Oakes test*, this Court has varied the standard of justification with

Comme on le sait, c'est dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, que notre Cour a eu pour la première fois l'occasion d'élaborer les principes de contrôle judiciaire relativement à la justification que l'État doit, en vertu de l'article premier, apporter aux restrictions qu'elle impose à un droit garanti par la *Charte*. Notre Cour a élaboré une analyse — par la suite appelée le «critère énoncé dans *Oakes*» — qui visait à établir une norme de contrôle universelle et exigeante relativement aux éléments de preuve et aux arguments présentés par les représentants de l'État en défense à une violation *prima facie* de la *Charte*.

Dans l'arrêt *Oakes*, précité, le juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la Cour, a appliqué une analyse fondée sur l'objet dans son interprétation de l'article premier. À son avis, même s'il enchâsse dans la Constitution les droits et libertés de la *Charte*, l'article premier indique clairement que ces droits n'ont pas une portée illimitée. Cependant, pour que les limites imposées soient «raisonnables», elles doivent pouvoir se justifier dans le cadre d'une «société libre et démocratique» et en conséquence tenir nécessairement compte des valeurs et des principes sous-jacents à la *Charte*, à la p. 136:

L'inclusion de ces mots à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution: la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

Dans les applications subséquentes du critère énoncé dans *Oakes*, notre Cour a modifié la norme

respect to proof and the evidentiary burden placed on the state, granting a greater degree of deference to the legislative choice in cases of "social legislation", that is, legislation with a valid objective related to social justice. For example, a less onerous burden has been placed on the state where the legislature has been seeking to balance *Charter* rights and/or values, (*Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825), otherwise protect a socially vulnerable group (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927), balance competing interests of various social groups (*McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229), or address conflicting social science evidence as to the cause of a social problem (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199).

de justification à laquelle l'État doit satisfaire en matière de preuve et de fardeau de preuve, et a fait preuve d'une plus grande retenue envers le choix du législateur dans les cas de lois à caractère social, c'est-à-dire une loi ayant un objectif valide relié à la justice sociale. Par exemple, notre Cour a imposé un fardeau moins lourd à l'État dans un cas où la législature cherchait à établir un équilibre entre les droits et valeurs de la *Charte* (*Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825), à protéger par ailleurs un groupe vulnérable sur le plan social (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927), à pondérer les droits opposés de divers groupes sociaux (*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229), ou à tenir compte d'éléments de preuve contradictoires en matière de sciences humaines quant à la cause d'un problème social (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199).

92

As La Forest J. concluded in his dissenting reasons in *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 63, in determining the degree of flexibility and deference to be shown Parliament in a s. 1 analysis, this jurisprudence directs courts to take a contextual approach to the legislation in question, to evaluate both the nature of the right infringement and that of the social interest or values meant to be promoted by the legislation. For example, where the objective of the legislation promotes the protection of a socially vulnerable group and the nature of the infringement lies far from the core *Charter* values, deference will be warranted.

Comme le juge La Forest, dissident, l'a conclu, au par. 63 de l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, en ce qui concerne le degré de souplesse et de retenue dont il faut faire preuve envers le législateur dans une analyse fondée sur l'article premier, cette jurisprudence ordonne aux tribunaux d'adopter une analyse fondée sur le contexte de la loi en cause, d'examiner à la fois la nature de la violation du droit et celle de l'intérêt social ou des valeurs sociales que la loi vise à protéger. Par exemple, lorsque l'objectif de la loi est de protéger un groupe vulnérable sur le plan social et que la nature de la violation s'écarte des valeurs au cœur de la *Charte*, il y aura lieu de faire preuve de retenue.

93

No issue was taken by the majority in that case with this characterization of the task facing courts except as regards the necessity of maintaining a limit to judicial deference. As McLachlin J. stated for the majority on this point, at para. 129:

Dans cet arrêt, les juges majoritaires n'ont pas contesté cette façon de caractériser la tâche des tribunaux, sauf en ce qui concerne la nécessité de maintenir une limite quant à la retenue judiciaire. Comme Madame le juge McLachlin l'a affirmé au nom de la majorité sur ce point, au par. 129:

While remaining sensitive to the social and political context of the impugned law and allowing for difficulties of proof inherent in that context, the courts must nevertheless insist that before the state can override constitutional rights, there be a reasoned demonstration of

Bien qu'ils doivent demeurer conscients du contexte socio-politique de la loi attaquée et reconnaître les difficultés qui y sont propres en matière de preuve, les tribunaux doivent néanmoins insister pour que, avant qu'il ne supprime un droit protégé par la Constitution, l'État

the good which the law may achieve in relation to the seriousness of the infringement. It is the task of the courts to maintain this bottom line if the rights conferred by our constitution are to have force and meaning . . . No matter how important Parliament's goal may seem, if the state has not demonstrated that the means by which it seeks to achieve its goal are reasonable and proportionate to the infringement of rights, then the law must perforce fail.

Thus, while deference has been granted the state in its legislative role by the courts in undertaking a s. 1 analysis, this deference has been designed to better give effect to the general purposes of the *Charter* and with an understanding that *Charter* values may at times require a sensitive balancing. Deference has not been found warranted where to do so would frustrate the very values of the *Charter*, but rather to give better effect thereto and to allow the legislature the flexibility to make these difficult policy choices.

A corollary to this principle should also be articulated: where the nature of the infringement lies at the core of the rights protected in the *Charter* and the social objective is meant to serve the interest of the majority as a whole, as represented by state action, courts must be vigilant to ensure that the state has demonstrated its justification for the infringement. A less deferential stance should be taken and a greater onus remain on the state to justify its encroachment on the *Charter* right in question. In each case, therefore, only after the objective of the legislation has been identified can the appropriate degree of deference be determined. Indeed, cases will be rare where it is found reasonable in a free and democratic society to discriminate. (See *Andrews, supra, per Wilson J.*, at p. 154.)

As I stated in *Egan, supra*, at para. 75 "social" legislation *per se* will not, in the absence of these factors, warrant deference. This finding was echoed by the other dissenting judges in that case. Cory and Iacobucci JJ. particularly expressed concern about a deferential stance allowing governments to justify any discriminatory impact on the

fasse une démonstration raisonnée du bien visé par la loi par rapport à la gravité de la violation. Les tribunaux doivent respecter cette démarche fondamentale pour que les droits garantis par notre constitution soient opérants. [. . .] Si important que puisse sembler l'objectif du Parlement, si l'État n'a pas démontré que les moyens qu'il utilise pour atteindre son objectif sont raisonnables et proportionnels à la violation des droits, la loi doit alors par nécessité être déclarée non valide.

En conséquence, bien que les tribunaux aient, dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier, fait preuve de retenue envers l'État dans l'exercice de son rôle législatif, cette retenue visait à donner davantage effet aux objectifs généraux de la *Charte*, soit que les valeurs de la *Charte* nécessitent à l'occasion une pondération délicate. On a jugé qu'il n'y avait pas lieu de faire preuve de retenue lorsque cette retenue aurait contrecarré les valeurs mêmes de la *Charte* mais qu'il y aurait plutôt lieu de donner plus d'effet à ces valeurs et d'offrir à la législature la souplesse de faire ces choix de principe difficiles.

Un corollaire de ce principe devrait être ainsi formulé: lorsque la nature de la violation touche au cœur des droits protégés par la *Charte* et que l'objectif social vise à servir l'intérêt de la majorité qu'expriment les mesures prises par l'État, les tribunaux doivent veiller à ce que l'État justifie la violation. Dans un tel cas, une moins grande retenue serait appropriée et l'État devrait assumer un fardeau plus lourd afin de justifier l'atteinte au droit garanti par la *Charte*. En conséquence, ce n'est qu'après avoir établi, dans chaque cas, l'objectif de la loi qu'il est possible de déterminer le degré approprié de retenue dont il faut faire preuve. En fait, rares seront les cas dans lesquels il sera raisonnable de discriminer dans le cadre d'une société libre et démocratique. (Voir *Andrews, précité*, le juge Wilson, à la p. 154.)

Comme je l'ai affirmé dans *Egan, précité*, au par. 75, le simple fait que la loi soit de nature «sociale» ne sera pas, en soi, en l'absence d'autres facteurs, une raison pour faire preuve de retenue. Cette conclusion a été reprise par les autres juges dissidents dans cette affaire. Les juges Cory et Iacobucci étaient tout particulièrement préoccupés

basis that they are balancing the financial needs of various groups. (See *Egan, supra*, at para. 216.) In deciding whether deference is in order, the guiding principles have always been and continue to be those embodied in the *Charter* as articulated by Dickson C.J. in *Oakes, supra*.

par une retenue qui permettrait aux gouvernements de justifier tout effet discriminatoire d'une mesure sur la base d'un équilibre entre les besoins financiers des divers groupes. (Voir *Egan*, précité, au par. 216.) Lorsqu'il faut décider s'il y a lieu de faire preuve de retenue, les principes directeurs ont toujours été et continuent d'être ceux qui sont enchâssés dans la *Charte*, suivant la formulation que leur a donnée le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité.

97

The first task in assessing whether the limit to the right in question is reasonably justified as required under s. 1 will involve determining whether the restriction on funding has an objective of pressing and substantial concern in a free and democratic society. A contextual approach in this case reveals the principal objectives of the legislation to be: first, to provide a large, publicly funded, system of education intended to be universally open and free to all, without discrimination; and second, to foster the values of a pluralist, democratic society, including the values of cohesion, religious tolerance and understanding. It would be misleading to look at either goal in isolation from the other. The choice of increasing social tolerance through encouraging the coming together of members of all communities is predicated on a system of education which is meant to be universal, and thus meet the needs of the majority of parents.

Pour déterminer si la restriction du droit en l'espèce constitue une limite dont la justification puisse se démontrer en vertu de l'article premier, il faut tout d'abord se demander si la restriction imposée au financement a un objectif qui se rapporte à une préoccupation urgente et réelle dans le cadre d'une société libre et démocratique. L'application d'une analyse contextuelle révèle les principaux objectifs suivants: premièrement, établir un système général d'éducation financé par les deniers publics, qui se veut accessible à tous et gratuit pour tous, sans distinction; deuxièmement, favoriser les valeurs d'une société pluraliste et démocratique, y compris les valeurs de cohésion, de tolérance et de compréhension sur le plan religieux. Il serait trompeur d'examiner séparément l'un et l'autre de ces objectifs. Le choix d'accroître la tolérance sociale par l'encouragement à regrouper les membres de toutes les communautés est fondé sur un système d'éducation qui se veut universel et qui réponde ainsi aux besoins de la majorité des parents.

98

In such a system, the objective of encouraging religious tolerance becomes linked to discouraging non-secular education. However, such a link is not inevitable. In fact, it is not the goal of encouraging social tolerance and understanding that creates a difficulty for the appellants, but rather the secular nature of the education. For example, as the Adler appellants submitted and one of the respondents' experts testified, the environment in the Jewish day schools was very conducive to social tolerance, successful integration, and acceptance of others.

Dans un tel système, l'objectif consistant à encourager la tolérance religieuse est associé à une certaine dissuasion à l'égard de l'éducation non laïque. Cependant, ce lien n'est pas inévitable. En fait, ce n'est pas l'objectif d'encourager la tolérance et la compréhension sur le plan social qui gêne les appelants, mais plutôt le caractère laïque de l'éducation. Par exemple, comme l'ont soutenu les appelants du groupe Adler et comme l'a affirmé l'un des experts des intimés dans son témoignage, les conditions des externats juifs sont très favorables à la tolérance sociale, à une intégration réussie et à l'acceptation des autres.

Having identified the objectives of the legislation in question, I must now turn to the question of the degree of deference to be shown the legislature in reviewing the respondents' arguments and evidence to support the legislation. The circumstances in the case on appeal differ greatly from those previous cases where deference has been found appropriate. The value underlying the legislation in this appeal is the provision of education in a manner which fulfills the majoritarian interests of a secular society. Arguably, it is not vulnerable and discrete social groups which are threatened by the funding of religious schools but rather the interests of the majority of citizens.

In comparison with this interest, the right infringement affects members of an insular religious minority within a minority. Moreover, the infringement impacts on an interest which is, as accepted by the courts below, essential to the survival of their communities and practices. Rather than being consonant with the values underlying the *Charter*, as articulated by Dickson C.J. in *Oakes*, *supra*, deference in such a case would promote the very problem the *Charter* is meant to remedy, that is, the unlimited and discriminatory impact of the interests and needs of the majority on the rights of a small and relatively powerless minority. The degree of judicial deference allowed in other cases is thus not warranted in this case. The state must clearly discharge the burdens of evidence and proof which are mandated under s. 1.

I agree with the Court of Appeal's finding in this case that the objectives of providing free public education and of fostering tolerance are clearly pressing and substantial in a democratic society. In *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 299, the reasons of La Forest J., dissenting but not on this point, clearly establish this conclusion. However, before discussing the proportionality element of the inquiry, I note that this same objective is no less pressing and substantial in the education sys-

Ayant identifié les objectifs de la loi en question, j'examinerai maintenant la question du degré de retenue dont il y a lieu de faire preuve envers la législature au regard des arguments et de la preuve que les intimés ont apportés à l'appui de la loi. Les circonstances de la présente affaire sont fort différentes de celles qui se présentaient dans les causes où il avait été jugé approprié de faire preuve de retenue. En l'espèce, la valeur sous-jacente de la loi est un enseignement donné de manière à satisfaire les intérêts de la majorité à l'intérieur d'une société laïque. On pourrait soutenir que ce ne sont pas des groupes sociaux vulnérables et discrets qui se trouvent menacés par le financement d'écoles confessionnelles, mais bien les droits de la majorité des citoyens.

Par rapport à ces intérêts, la violation ici en cause touche des membres d'une minorité religieuse discrète et insulaire au sein d'une minorité. Par ailleurs, cette violation a une incidence sur un droit qui, comme l'ont accepté les tribunaux de première instance et d'appel, est essentiel à la survie des communautés et des pratiques du groupe. Dans un tel cas, la retenue, plutôt que d'être compatible avec les valeurs sous-jacentes à la *Charte*, suivant la formulation du juge en chef Dickson dans *Oakes*, précité, contribuerait à promouvoir le problème même que la *Charte* visait à remédier, soit celui de l'effet illimité et discriminatoire des intérêts et des besoins de la majorité sur les droits d'une petite minorité relativement impuissante. Le degré de retenue judiciaire alloué dans d'autres affaires n'est donc pas justifié dans le présent pourvoi. L'État doit clairement s'acquitter ici du fardeau de preuve qui lui est imposé en vertu de l'article premier.

Je suis d'accord avec la Cour d'appel que l'enseignement public gratuit et l'encouragement à la tolérance sont clairement des objectifs urgents et réels dans une société démocratique. Dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, à la p. 299, le juge La Forest, dissident mais non sur ce point, fait clairement ressortir cette conclusion. Cependant, avant d'analyser l'élément de proportionnalité du test, je tiens à préciser que cet objectif n'est ni moins urgent ni moins réel dans le système d'édu-

tems in the five other provinces of Canada where independent religious schools receive partial funding, as indicated by the respondents' evidence.

cation des cinq autres provinces canadiennes où les écoles confessionnelles indépendantes reçoivent un financement partiel, tel que mis en preuve par les intimés.

102 To reiterate my earlier conclusion, in the proportionality aspects of the s. 1 analysis, a more rigorous burden should thus rest with the respondents than has rested, perhaps, in other cases of "social legislation". The first step in assessing the proportionality between the objective sought through the legislation and the right infringement, is to ask whether the state has demonstrated a rational connection between restricting funding and the maintenance of a public school system which is open to all and fosters social tolerance. As I stated in *Egan*, *supra*, at para. 73, here the state is required to establish the relevance of the distinction created to the objective of the legislation.

Pour réitérer ma conclusion antérieure, en ce qui concerne le critère de proportionnalité de l'analyse fondée sur l'article premier, les intimés devraient donc assumer un fardeau plus rigoureux que celui qui a peut-être été appliqué dans d'autres affaires de «lois de nature sociale». La première étape de la proportionnalité entre l'objectif visé par la loi et la violation du droit consiste à se demander si l'État a démontré l'existence d'un lien rationnel entre la restriction dans le financement et le maintien d'un système d'écoles publiques qui soit accessible à tous et favorise la tolérance sociale. Comme je l'ai indiqué dans *Egan*, précité, au par. 73, l'État est ici tenu d'établir la pertinence de la distinction créée par rapport à l'objectif de la loi.

103 In the case before us, the question becomes: has it been proven on a balance of probabilities that a denial of funding will further the purposes of the legislation? The respondents have argued that if full funding is provided to independent schools, there will be an outflow of students from the public school system of potentially so great a magnitude as to change that system in a fundamental manner. The connection sought here is between the provision of funding and the schooling parents choose for their children. I find that this link has been established by the evidence led by the respondents, through the expert testimony and reports as regards the possible effects on parental behaviour of increased funding and the report cited of a jurisdiction where full funding is provided. Also, while partial funding in other provinces resulted in a relatively low increase in the number of independent schools, this effect could be expected to be of greater and unpredictable magnitude were full funding provided. A rational connection has thus been established by the respondents between funding choices and the maintenance of universally open and religiously tolerant schools.

Dans le présent pourvoi, la question en litige devient la suivante: a-t-on prouvé, suivant la prépondérance des probabilités, que le non-financement permettra d'atteindre les objectifs de la loi? Selon les intimés, un financement complet des écoles indépendantes pourrait entraîner un exode tellement important des élèves du système des écoles publiques que ce système s'en trouverait fondamentalement changé. Le lien ici recherché est entre le financement et le système scolaire que les parents choisissent pour leurs enfants. À mon avis, les intimés ont mis en preuve l'existence de ce lien: témoignages d'experts, rapports sur les effets possibles d'un accroissement du financement sur le comportement des parents, et rapport concernant un cas de financement complet dans une autre juridiction. Par ailleurs, bien que le financement partiel dans d'autres provinces ait entraîné un accroissement relativement faible du nombre d'écoles indépendantes, un financement complet pourrait avoir une incidence plus grande et imprévisible. Les intimés ont donc établi un lien rationnel entre les choix de financement et le maintien d'écoles accessibles à tous et tolérantes sur le plan religieux.

104 The respondents have, however, failed to discharge the burden of proving that the means used,

Les intimés n'ont toutefois pas réussi à s'acquitter du fardeau qu'ils avaient d'établir que les

in this case, a complete denial of funding, constitute a minimal impairment of the right in question. As has been established in the jurisprudence following *Oakes*, *supra*, and recently reiterated in the majority reasons on this point in *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 160,

[i]f the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find [a legislative choice] overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement: see *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at pp. 1196-97; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at pp. 1340-41; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084, at pp. 1105-06. On the other hand, if the government fails to explain why a significantly less intrusive and equally effective measure was not chosen, the law may fail.

I had made a similar observation in *Egan*, *supra*, at para. 75.

In this case, the appellants made the alternate submission that partial funding should be provided to the independent schools. The respondents' evidence and argument nonetheless focused primarily on the potential effects of full funding to independent schools on the current system. This evidence consisted mainly of the opinion of expert witnesses and one study of the private school system in Ontario dating from 1985, the "Shapiro Report" (*Report of the Commission on Private Schools in Ontario* (1985)). Moreover, the evidence which they did lead as to the effects of partial funding points to a very limited impact on the current public system. In the evidence submitted by the respondents, estimates as to the increase in enrollment in independent schools in the event of partial funding ranged from 3 percent of the total enrollment in the public schools, to approximately 6 percent. Clearly, the loss of 3 percent to 6 percent of the students currently enrolled in public schools would not undermine the primary objectives of creating a large, universally open public school system, where people of varying beliefs and backgrounds will come together. In fact, the source of the 3 percent estimate, the Shapiro Report, con-

moyens utilisés, soit une absence totale de financement, constituent une atteinte minimale au droit en question. Comme nous l'avons établi dans la jurisprudence qui a suivi l'arrêt *Oakes*, précité, et comme les motifs des juges majoritaires sur ce point l'ont récemment réitéré dans *RJR-MacDonald*, précité, au par. 160,

[s]i la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation; voir *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, aux pp. 1196 et 1197; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, aux pp. 1340 et 1341, et *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084, aux pp. 1105 et 1106. Par contre, si le gouvernement omet d'expliquer pourquoi il n'a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace, la loi peut être déclarée non valide.

J'ai fait une observation similaire dans *Egan*, précité, au par. 75.

En l'espèce, les appelants ont soutenu, comme argument subsidiaire, qu'un financement partiel devrait être fourni aux écoles indépendantes. Dans la preuve qu'ils ont présentée — l'opinion de témoins experts et une étude sur le système d'écoles privées en Ontario, réalisée en 1985, le «rapport Shapiro» (*Rapport de la Commission sur les écoles privées de l'Ontario* (1985)) — les intimés ont, pour leur part, mis l'accent sur les effets éventuels que le financement complet des écoles indépendantes aurait sur le système actuel. Par ailleurs, la preuve qu'ils ont présentée relativement aux effets d'un financement partiel indique une incidence très restreinte sur le régime public actuel. Selon la preuve des intimés, les estimations de l'augmentation des inscriptions dans les écoles indépendantes — advenant un financement partiel — seraient d'environ 3 à 6 pour 100 du nombre total d'inscriptions dans les écoles publiques. De toute évidence, cette diminution de 3 à 6 pour 100 de l'effectif actuel des écoles publiques ne porterait pas atteinte aux principaux objectifs de créer un important régime d'écoles publiques accessibles à tous, regroupant des gens de toutes croyances et de divers milieux. En fait, selon le

cluded that some funding to independent schools could be extended without significantly impinging on the larger public system.

rapport Shapiro d'où est tirée cette estimation de 3 pour 100, un certain financement pourrait être accordé aux écoles indépendantes sans qu'il soit pour autant sensiblement porté atteinte à l'ensemble du régime public.

106

While partial funding is, on the evidence submitted by the respondents, a means for reasonably impairing the right in question, yet fulfilling the objectives of the legislation, this option was not implemented by the legislature. I thus cannot agree with the conclusion that it is impossible to say whether a less intrusive measure such as partial funding might achieve the same objective with less of an infringement. In fact, partial direct funding to independent religious schools, is currently provided in five Canadian provinces, namely, Quebec, Manitoba, Saskatchewan, Alberta, and British Columbia. In these provinces, the minimum and maximum amounts of funding vary. Expressed as a percentage of the public school rate, the maximum rates of funding for independent religious schools in the provinces range from 50 percent to 75 percent. Partial funding would actually further the objective of providing a universally accessible education system and promote the value of religious tolerance in this context where some religious communities cannot be accommodated in the secular system.

Bien qu'un financement partiel soit, selon la preuve présentée par les intimés, un moyen qui constituerait une atteinte raisonnable au droit en question — et qui permettrait en même temps de réaliser les objectifs de la loi — cette option n'a pas été mise en œuvre par la législature. En conséquence, je ne puis me rallier à la conclusion selon laquelle il est impossible de dire si une mesure moins envahissante, comme un financement partiel, permettrait de réaliser le même objectif tout en entraînant une violation moins importante. En fait, il existe déjà un financement partiel direct des écoles confessionnelles indépendantes dans cinq provinces canadiennes: Québec, Manitoba, Saskatchewan, Alberta et Colombie-Britannique. Dans ces provinces, le minimum et le maximum de financement ne sont pas les mêmes. Exprimé en pourcentage du taux de financement des écoles publiques, le taux maximal de financement pour les écoles confessionnelles indépendantes dans ces provinces varie entre 50 et 75 pour 100. Un financement partiel contribuerait en fait à atteindre l'objectif d'offrir un système d'éducation accessible à tous et à favoriser la valeur de la tolérance religieuse dans ce contexte où certaines communautés religieuses ne peuvent être accommodées dans le système laïque.

107

A further principle established in the majority reasons of *RJR-MacDonald*, *supra*, on the basis of preceding jurisprudence is that a complete ban or denial of a right, will be more difficult to uphold than a partial one, even where the exercise of the right in question falls far from the core values upheld in the *Charter*. Complete bans will only be permissible where the government can show that this is absolutely necessary to further its objective. (See *RJR-MacDonald*, *supra*, per McLachlin J., at para. 163.) For example, in the majority reasons of *RJR-MacDonald*, a complete ban on advertising was not seen as a demonstrably justified incursion on freedom of expression. This principle was

Se basant sur la jurisprudence antérieure, les juges majoritaires ont, dans *RJR-MacDonald*, précité, établi un autre principe: une interdiction totale ou la négation d'un droit sera plus difficile à justifier qu'une interdiction partielle, même dans les cas où l'exercice du droit en question s'écarte des valeurs fondamentales confirmées dans la *Charte*. Une interdiction totale ne sera permise que dans le cas où le gouvernement peut démontrer qu'elle est absolument nécessaire pour atteindre son objectif. (Voir *RJR-MacDonald*, précité, le juge McLachlin, au par. 163.) Par exemple, dans *RJR-MacDonald*, la majorité n'a pas considéré qu'une interdiction totale de publicité constituait une atteinte à la

applied more recently in *Ross, supra*. In this case, as the complete exclusion of the teacher from the classroom was the only means to remedy the discriminatory effects of the teacher's invidious expression on his students, it was found to be justified. La Forest J., writing for the majority in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at p. 47, indicates that this principle also applies to the total denial of a right to the equal benefit of a program funded by the Federal government.

Given the necessity of a less deferential approach in the case on appeal for the reasons I mentioned earlier, and the fact that the infringement of the appellants' equality right arises from a lack of funding, I find that the complete denial of funding is the most excessive impairment possible, not one of a range of permissible alternatives. In essence, the respondent made no effort to impair minimally the equality right in question. Furthermore, the respondents' own evidence regarding partial funding in other provinces supports the finding that the objectives of a public, secular school system which fosters tolerance will not be eroded unduly by such accommodation. Partial funding could thus be provided without affecting the objectives and would ensure a less severe impairment. This measure could ensure some recognition of these communities and assist in their continuation, all the while maintaining the generally secular, universal, and socially tolerant nature of the public school system.

The respondents have argued that partial funding is already provided indirectly through property tax exemptions and tuition and charitable donation deductions in the federal income tax legislation. However, these do not relate to the direct provincial funding which is given the other schools in addition to revenues from property taxes. Moreover, they are not co-extensive with the costs borne by the parents; a large portion of this indi-

liberté d'expression dont la justification pouvait être démontrée. Plus récemment, ce principe a été appliqué dans *Ross*, précité. Dans cette affaire, puisque le retrait complet du professeur de sa classe était le seul moyen de remédier aux effets discriminatoires des déclarations blessantes de l'enseignant sur ses élèves, la Cour a jugé que cette mesure était justifiée. Le juge La Forest, s'exprimant au nom de la majorité dans *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, à la p. 47, indique que ce principe s'applique également à la négation totale d'un droit au même bénéfice relativement à un programme financé par le gouvernement fédéral.

Vu que nous avons à faire preuve d'une moins grande retenue en l'espèce pour les motifs que j'ai déjà mentionnés et que la violation du droit à l'égalité des appelants découle d'une absence de financement, je suis d'avis que le non-financement complet constitue l'atteinte la plus extrême, et ne se situe pas dans la gamme des mesures possibles. Essentiellement, l'intimé n'a fait aucun effort afin de minimiser l'atteinte au droit à l'égalité en question. Par ailleurs, la preuve que les intimés ont présentée relativement au financement partiel dans d'autres provinces appuie la conclusion qu'un tel accommodement ne sapera pas indûment les objectifs d'un système scolaire laïque public qui favorise la tolérance. En conséquence, un financement partiel pourrait être accordé sans incidence sur les objectifs, garantissant ainsi une atteinte moins grave. Cette mesure permettrait d'accorder une certaine reconnaissance à ces groupes et de les aider à survivre, tout en maintenant le caractère généralement laïque, universel et socialement tolérant du système scolaire public.

Les intimés ont soutenu qu'il existe déjà un financement partiel indirect découlant des exemptions d'impôt foncier et des déductions pour frais de scolarité et dons de charité qui sont prévues dans la loi fédérale de l'impôt sur le revenu. Cependant, ces mécanismes n'ont aucun rapport avec le financement provincial direct dont bénéficient les autres écoles en sus des revenus d'impôts fonciers. Par ailleurs, ces mécanismes n'ont pas la

rect support is from federal legislation over which the province has no control; and the benefit of the tax deduction will be greater for parents with increased economic resources. As Cory and Iacobucci JJ. explained in *Egan, supra*, at paras. 151 to 161 and paras. 199 to 208, it is not acceptable to find legislation constitutionally valid on the basis of benefits provided in the legislation of another jurisdiction which are neither co-extensive with the benefit lost nor available to all who fall within the identifiable group. Other concerns relating to the funding of independent schools which have been identified by the respondents relate to accountability and the necessary promotion of tolerant values through hiring practices and other means. These could be addressed in fashioning the appropriate funding mechanism.

même portée que les coûts assumés par les parents; une importante portion de ce soutien indirect est prévue dans une loi fédérale sur laquelle la province n'a aucun contrôle; les parents plus fortunés bénéficieront davantage de la déduction fiscale. Comme les juges Cory et Iacobucci l'ont expliqué dans *Egan*, précité, aux par. 151 à 161 et aux par. 199 à 208, respectivement, on ne saurait conclure qu'une loi est valide du point de vue constitutionnel en se basant sur les bénéfices prévus dans la loi d'une autre juridiction — qui n'ont pas la même portée que le bénéfice perdu et qui ne sont pas offerts non plus à tous ceux qui font partie du groupe identifiable. Les intimés ont également soulevé d'autres préoccupations relatives au financement d'écoles indépendantes, dont celles de l'imputabilité et de l'encouragement nécessaire aux valeurs de tolérance dans le cadre des pratiques d'embauche et par d'autres moyens. Ce sont des questions qui pourraient être examinées dans le cadre de l'établissement du mécanisme de financement approprié.

110

In my view, the minimal impairment element of the *Oakes* test has not been satisfied in this case. The respondents failed to show why a measure less intrusive than a complete denial of the right in question was not adequate to promote the objectives of the legislation. The following conclusion which I drew in *Egan, supra*, at para. 75, applies equally to the case before us:

In fact, to defer to the legislative prerogative in circumstances where social science views do not substantially conflict, and where there is a reasonable, alternative means of fulfilling the legislative objective in a way that would materially lessen the magnitude of the rights violation, would frustrate the purpose of the *Charter*.

À mon avis, il n'a pas en l'espèce été satisfait à l'élément de l'atteinte minimale du test énoncé dans *Oakes*. Les intimés n'ont pas établi pourquoi une mesure moins envahissante qu'une négation totale du droit en question ne permettait pas de favoriser la réalisation des objectifs de la loi. La conclusion que j'ai tirée dans *Egan*, au par. 75, s'applique également en l'espèce:

En fait, ce serait contrecarrer l'objectif de la *Charte* que de s'en remettre à la prérogative législative lorsque les opinions en matière de sciences sociales ne sont pas substantiellement contradictoires et qu'il existe un autre moyen raisonnable de réaliser l'objectif législatif d'une façon qui atténuerait de beaucoup l'ampleur de la violation des droits.

111

Finally, while it is unnecessary to pursue the analysis, I note that the salutary effects of the legislation do not outweigh the deleterious impact on the claimants. No evidence has been adduced by the respondents that a total denial of funding is required to further the goals of creating a large, public education system which fosters the development of social tolerance and harmony. The respondents led no evidence establishing that the fiscal

Enfin, bien qu'il soit inutile de poursuivre l'analyse, je constate que les effets bénéfiques de la loi n'excèdent pas l'incidence préjudiciable qu'elle a sur les demandeurs. Les intimés n'ont présenté aucune preuve établissant qu'un déni total de financement est requis pour que puissent être atteints les objectifs de créer un important système scolaire public qui favorise la tolérance et l'harmonie sur le plan social. De plus, les intimés n'ont

impact of partial funding would carry with it fundamental changes in the nature or extent of the public school system. We must also remember that the students of the independent religious schools would have a right to public expenditures were the public schools accessible to them.

This case involves a severe breach of an insular minority group's equality rights, for the purposes of furthering majoritarian interests, in circumstances where the benefits are largely financial. In *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pp. 218-20, Wilson J. held that budgetary considerations alone will not constitute a reasonable justification for an infringement of a *Charter* right, a result which has not been overruled by this Court. At most, these considerations will come into play in the fashioning of a remedy, as indicated in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679. Partial funding would strongly attenuate the discriminatory effects of legislation which completely denies any funding and thus any recognition of these communities' educational needs. The salutary effects of the exclusion, being essentially financial, are not proportional to the serious infringement of the constitutional rights in question.

In conclusion, the respondents have not discharged their burden under s. 1. The funding scheme created in the *Education Act* represents an impermissible violation of the appellants' right to equal benefit of the law under s. 15 of the *Charter*.

The School Health Support Service Plan

I find it unnecessary to analyse the school health services separately from the general question of funding for independent schools. I agree with McLachlin J. that, given their designation as a part of a "special education program", the services to

présenté aucune preuve que l'impact financier d'un financement partiel entraînerait des changements fondamentaux dans la nature ou l'étendue du régime d'écoles publiques. Il faut également se rappeler que les élèves des écoles confessionnelles indépendantes auraient droit de profiter du financement à même les deniers publics si les écoles publiques leur étaient accessibles.

En l'espèce, il existe une grave violation des droits à l'égalité d'un groupe minoritaire insulaire, qui a pour effet de favoriser les intérêts de la majorité, dans des circonstances où les bénéfices sont en grande partie de nature financière. Dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, aux pp. 218 à 220, le juge Wilson a statué que des considérations financières ne constitueront pas à elles seules une justification raisonnable d'une violation d'un droit garanti par la *Charte*, arrêt qui n'a pas été infirmé par la Cour. Comme la Cour l'a indiqué dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, ces considérations entreront tout au plus en ligne de compte dans la détermination de la réparation. Un financement partiel atténuerait fortement les effets discriminatoires d'une loi qui prive les communautés en cause de tout financement et, ainsi, de toute reconnaissance de leurs besoins scolaires. Les effets bénéfiques de l'exclusion — essentiellement de nature financière — ne sont pas proportionnels à la grave violation des droits constitutionnels en question.

En conclusion, les intimés ne se sont pas acquittés du fardeau de preuve qu'ils avaient en vertu de l'article premier. Le système de financement créé par la *Loi sur l'éducation* représente une violation inacceptable du droit des appelants au même bénéfice de la loi en vertu de l'art. 15 de la *Charte*.

Le régime de services de santé pour enfants d'âge scolaire

À mon avis, il est inutile d'analyser la question des services de santé pour enfants d'âge scolaire séparément de la question générale du financement des écoles indépendantes. Je suis d'accord avec Madame le juge McLachlin que les services offerts

disabled students provided under the *Health Insurance Act*, R.R.O. 1990, Reg. 552, s. 14 in the public and separate schools, form an integral part of the education services funded in the province under the *Education Act*. Denial of funding for school health services in the independent schools, as part of the complete denial of funding to these schools, thus also infringes s. 15 of the *Charter*.

dans les écoles publiques et séparées aux élèves handicapés — du fait qu'ils sont considérés comme faisant partie d'un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté — en vertu de la *Loi sur l'assurance-santé*, R.R.O. 1990, règl. 552, art. 14, font partie intégrante des services d'éducation financés dans la province en vertu de la *Loi sur l'éducation*. En conséquence, le non-financement des services de santé pour enfants d'âge scolaire fréquentant des écoles indépendantes contre vient aussi à l'art. 15 de la *Charte*, du fait qu'il se trouve intégré à l'absence totale de financement de ces écoles.

115 Regulation 552 which extends these services to those schools which receive public funds under the *Education Act*, clearly links these services to the objectives of that Act. It is evident that providing services which make it possible for disabled students to attend publicly funded schools furthers the objectives of the *Education Act* in creating a non-discriminatory, universal system of education.

Le règlement 552 — relatif à la prestation de ces services aux écoles subventionnées par l'État en vertu de la *Loi sur l'éducation* — établit clairement un lien entre ces services et les objectifs de cette loi. Il est évident que la prestation de services qui permettent aux élèves handicapés de fréquenter les écoles publiques favorise la réalisation des objectifs de la *Loi sur l'éducation*, en créant un système d'éducation universel non discriminatoire.

116 McLachlin J., however, additionally finds that the denial of the health support services program to independent religious schools is rationally connected to the objectives of the legislation. I cannot agree, given the characterization of the legislative objectives which I believe is warranted in the context. The twofold objectives involve the provision of education which is universally open to all students without discrimination and the encouragement of social tolerance and harmony. These objectives were undertaken in a scheme which allowed parents to opt out of the secular system. Given that the state has already recognized that parents may not be able to educate their children in the secular system, denying disabled children access to the services which make attendance at independent schools possible for them conflicts directly with the primary goal of the legislation, to provide education for all children in Ontario.

Cependant, Madame le juge McLachlin conclut aussi que le fait de priver les écoles confessionnelles indépendantes du bénéfice du programme de services de santé est rationnellement lié aux objectifs de la loi. Je ne puis me rallier à son opinion vu la caractérisation des objectifs législatifs qui, selon moi, s'impose dans le contexte. La loi a un double objectif: la prestation de services d'éducation accessibles à tous les élèves sans distinction et la promotion de la tolérance et de l'harmonie sur le plan social. On a entrepris d'atteindre ces objectifs à l'intérieur d'un régime permettant aux parents de se retirer du système laïque. Puisque l'État a déjà reconnu que certains parents ne seront peut-être pas en mesure de faire instruire leurs enfants à l'intérieur du système laïque, refuser aux enfants handicapés l'accès aux services qui rendent possible leur fréquentation d'écoles indépendantes entre directement en conflit avec le principal objectif de la loi: offrir des services d'éducation à tous les enfants en Ontario.

117 Moreover, as parents of children in the independent schools are unable, for religious reasons, to send their children to the secular public schools, it

Par ailleurs, puisque les parents des enfants fréquentant les écoles indépendantes ne peuvent, pour des motifs religieux, envoyer leurs enfants dans les

is difficult to imagine how denying these children access to the independent schools will, in any significant way, further enhance the social diversity and harmony in the public school system. Such a policy seems likely to encourage such parents to educate these children at home, thereby losing the many benefits of education in a school environment, and compounding the marginalization and isolation of children with disabilities from these communities. The denial of the school health support services to independent schools clearly is not rationally supportable on the objectives of the legislation.

As I find no rational connection between the denial of school health support services to children in independent denominational schools, it is unnecessary to undertake a determination of whether a minimal impairment has been imposed or whether the effects are proportionate to the objective. The discrimination caused by Regulation 552 is not demonstrably justified in a free and democratic society. In my view, the appropriate remedy with respect to the school health services, is that recommended by McLachlin J. A provision should be read into Regulation 552 which expands the definition of "school" in the *Education Act* to include private denominational schools and extends the *Education Act's* definition of special education programs to include those equivalent to the ones offered in the Roman Catholic and public school systems.

III. Disposition

I would allow the appeal with costs throughout. The appropriate disposition is to declare the current *Education Act* unconstitutional on the grounds of its violation of s. 15(1) of the *Charter*. However, this declaration should be suspended in its effect for two years so as to allow the provincial government the opportunity to undertake the necessary inquiry as to the level of direct funding to independent denominational schools which can be

écoles laïques publiques, il est difficile de voir comment le fait de refuser à ces enfants l'accès aux écoles indépendantes favorisera de façon significative la diversité et l'harmonie à l'intérieur du système scolaire public. Une telle politique semble vraisemblablement de nature à encourager ces parents à éduquer leurs enfants au foyer, causant ainsi la perte des nombreux avantages de l'éducation en milieu scolaire et ajoutant de ce fait à la marginalisation et à l'isolement des enfants handicapés par rapport à ces communautés. Le refus de la prestation de services de santé aux écoles indépendantes pour enfants d'âge scolaire ne peut, de toute évidence, rationnellement supporter les objectifs de la loi.

Puisque je suis d'avis qu'il n'existe aucun lien rationnel entre le refus de prestation des services de santé aux enfants fréquentant des écoles confessionnelles indépendantes, j'estime inutile de déterminer s'il y a eu atteinte minimale ou si les effets sont proportionnels à l'objectif. La discrimination causée par le règlement 552 ne constitue pas une violation dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. À mon avis, la réparation appropriée quant à ces services de santé est celle que recommande Madame le juge McLachlin. Il y aurait lieu d'introduire par interprétation dans le règlement 552 une disposition qui élargisse la définition du terme «école» de façon à inclure les écoles confessionnelles privées, et étende la définition de l'expression «programme d'enseignement à l'enfance en difficulté» formulée dans la *Loi sur l'éducation* de façon à inclure des programmes qui soient comparables aux programmes offerts dans le régime d'écoles catholiques romaines et publiques.

III. Dispositif

J'accueillerais le pourvoi avec dépens dans toutes les cours. Le remède approprié est de déclarer la *Loi sur l'éducation* inconstitutionnelle au motif qu'elle contrevient au par. 15(1) de la *Charte*. Cependant, l'effet de cette déclaration devrait être suspendu pendant une période de deux ans pour permettre au gouvernement provincial d'examiner le niveau de financement direct des écoles confessionnelles indépendantes qui serait

supported in the present system without unduly undermining the central objectives of the legislation. A reasonable, carefully tailored alternative legislative scheme of education funding must be chosen, one which minimally impairs the rights in question. Other reasonable requirements, such as accountability measures, for the independent schools may also be established.

envisageable dans le système actuel sans porter indûment atteinte aux objectifs fondamentaux de la loi. Un régime alternatif législatif de financement de l'éducation, soigneusement conçu, devrait être choisi afin de porter le moins possible atteinte aux droits en question. D'autres exigences raisonnables, telles des mesures d'imputabilité, pourraient aussi être considérées à l'intention des écoles indépendantes.

120 With respect to the health support services, the "reading in" remedy proposed by McLachlin J. is appropriate. This should take effect immediately and should be maintained under the future legislative choices which aim to impair minimally the rights in question.

En ce qui concerne les services de santé, la réparation de l'«introduction par interprétation» proposée par Madame le juge McLachlin est appropriée. Cette réparation devrait prendre effet immédiatement et devrait être intégrée dans le choix des futures dispositions législatives qui viseraient à porter le moins possible atteinte aux droits en question.

121 Finally, I would answer the constitutional questions as follows:

Enfin, je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

Question 1: Do the definitions of "board" and "school" in s. 1(1) of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, together with the annual General Legislative Grants promulgated under s. 11(3)(a) and (b) thereof, infringe or deny the appellants' freedom of religion under s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by not providing funding to religious-based independent schools?

Question 1: Les définitions des termes «conseil» et «école» figurant au par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, de même que les subventions générales annuelles accordées en vertu des al. 11(3)a) et b) de cette loi, portent-elles atteinte à la liberté de religion garantie aux appelants par l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en ne prévoyant pas le financement des écoles confessionnelles indépendantes?

Answer: No.

Réponse: Non.

Question 2(a): Do the definitions of "board" and "school" in s. 1(1) of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, together with the annual General Legislative Grants promulgated under s. 11(3)(a) and (b) thereof, infringe or deny the appellants' equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by providing funding to public school boards but not to religious-based independent schools?

Question 2a): Les définitions des termes «conseil» et «école» figurant au par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, de même que les subventions générales annuelles accordées en vertu des al. 11(3)a) et b) de cette loi, portent-elles atteinte aux droits à l'égalité garantis aux appelants par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en prévoyant le financement des conseils d'écoles publiques mais non celui des écoles confessionnelles indépendantes?

Answer: Yes.

Réponse: Oui.

Question 2(b): Do the definitions of "board" and "school" in s. 1(1) of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, together with the annual General Legislative Grants promulgated under s. 11(3)(a) and (b) thereof, infringe or

Question 2b): Les définitions des termes «conseil» et «école» figurant au par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, de même que les subventions générales annuelles accordées en vertu des al. 11(3)a) et b) de

deny the appellants' equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by providing funding to Roman Catholic separate school boards but not to religious-based independent schools?

Answer: Not necessary to decide.

Question 3: If the answer to Question 1 or 2 is in the affirmative, is the non-funding of religious-based independent schools justified as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

Question 4(a): Does s. 14 of Regulation 552, R.R.O. 1990, made under s. 45 of the *Health Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. H.6, infringe the appellants' freedom of religion under s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by prescribing school health support services as insured services to an insured person who is placed in a special education program in a "school" as defined in s. 1(1) of the *Education Act*, but not to an insured person in a religious-based independent school?

Answer: Not necessary to decide.

Question 4(b): Does s. 14 of Regulation 552, R.R.O. 1990, made under s. 45 of the *Health Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. H.6, infringe the appellants' equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by prescribing school health support services as insured services to an insured person who is placed in a special education program in a "school" as defined in s. 1(1) of the *Education Act*, but not to an insured person in a religious-based independent school?

Answer: Yes.

cette loi, portent-elles atteinte aux droits à l'égalité garantis aux appelants par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en prévoyant le financement des conseils d'écoles séparées catholiques mais non celui des écoles confessionnelles indépendantes?

Réponse: Il n'est pas nécessaire de se prononcer sur cette question.

Question 3: En cas de réponse affirmative à la première ou à la deuxième question, l'omission de financer les écoles confessionnelles indépendantes est-elle justifiée en tant que limite raisonnable conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Question 4a): L'article 14 du règlement 552, R.R.O. 1990, pris en vertu de l'art. 45 de la *Loi sur l'assurance-santé*, L.R.O. 1990, ch. H.6, porte-t-il atteinte à la liberté de religion garantie aux appelants par l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en prescrivant, à titre de services assurés, des services de santé pour enfants d'âge scolaire à une personne assurée inscrite à un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté dans une «école» au sens du par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, mais non à une personne assurée dans une école confessionnelle indépendante?

Réponse: Il n'est pas nécessaire de se prononcer sur cette question.

Question 4b): L'article 14 du règlement 552, R.R.O. 1990, pris en vertu de l'art. 45 de la *Loi sur l'assurance-santé*, L.R.O. 1990, ch. H.6, porte-t-il atteinte aux droits à l'égalité garantis aux appelants par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en prescrivant, à titre de services assurés, des services de santé pour enfants d'âge scolaire à une personne assurée inscrite à un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté dans une «école» au sens du par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, mais non à une personne assurée dans une école confessionnelle indépendante?

Réponse: Oui.

Question 5: If the answer to Question 4(a) or 4(b) is in the affirmative, is the prescribing of school health support services as insured services to an insured person who is placed in a special education program in a "school" as defined in s. 1(1) of the *Education Act*, but not to an insured person in a religious-based independent school justified as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

The reasons of Sopinka and Major JJ. were delivered by

SOPINKA J. — In this appeal the Adler appellants challenged the legislative scheme for the funding of public and Roman Catholic separate school education on two bases. First, they alleged that the funding of separate Roman Catholic schools creates a distinction and inequality that violates ss. 2(a) and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Second, they submit that the funding of public schools while failing to fund independent religious schools constitutes a violation of these provisions. The Elgersma appellants limited their submissions to the second ground of attack.

With respect to the first ground advanced by the Adler appellants, the decision of this Court in the *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, is a complete answer. Legislation for the funding of separate schools is supported under both s. 93(1) and (3) of the *Constitution Act, 1867*. In the *Reference Re Bill 30*, this Court decided that legislation passed pursuant to these provisions was immune from *Charter* attack. On the other hand, legislation funding the public school system stands on a different footing. It is passed pursuant to the opening words of s. 93 conferring on the province a plenary power to legislate with respect to education. This power is no different from the heads of power contained in s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. Like

Question 5: En cas de réponse affirmative à la question 4a) ou 4b), le fait de prescrire, à titre de services assurés, des services pour enfants d'âge scolaire à une personne assurée inscrite à un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté dans une «école» au sens du par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, mais non à une personne assurée dans une école confessionnelle indépendante, est-il justifié en tant que limite raisonnable conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Version française des motifs des juges Sopinka et Major rendus par

LE JUGE SOPINKA — Dans le présent pourvoi, les appelants du groupe Adler contestent pour deux raisons le régime législatif de financement de l'éducation dans les écoles publiques et catholiques romaines séparées. Premièrement, ils allèguent que le financement des écoles catholiques romaines séparées crée une distinction et une inégalité qui violent l'al. 2a) et l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Deuxièmement, ils soutiennent que, du fait qu'il ne s'applique pas aux écoles confessionnelles indépendantes, le financement des écoles publiques viole ces dispositions. Les appelants du groupe Elgersma ont limité leur argumentation au deuxième motif de contestation.

En ce qui concerne le premier motif avancé par les appelants du groupe Adler, le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, de notre Cour offre une réponse complète. Une loi sur le financement des écoles séparées s'appuie à la fois sur les par. 93(1) et (3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, notre Cour a statué qu'une loi adoptée conformément à ces dispositions ne peut faire l'objet d'une contestation fondée sur la *Charte*. Par contre, la situation est différente dans le cas d'une loi sur le financement du régime d'écoles publiques. Elle est adoptée conformément à la disposition liminaire de l'art. 93 qui confère à la province un pouvoir absolu de légiférer en matière d'éducation. Ce pou-

the latter, it is subject to the *Charter*. Nothing in the *Reference Re Bill 30* suggests otherwise.

My colleague Justice Iacobucci would hold that s. 93 is a complete code with respect to denominational schools and that presumably the province is restricted to legislation that is mandated by s. 93(1) or permitted by s. 93(3). He concludes that this renders such legislation immune from s. 2(a) of the *Charter* but apparently not immune from s. 15. In my view, this wholly unwarranted restriction on the plenary power is supported by neither authority nor principle.

With respect to s. 15, my colleague finds that in certain respects and, in particular, with respect to funding, s. 93(1) can be interpreted to extend constitutional protection not only to "denominational schools" specified in the section but to public schools as well. I cannot agree with this proposition. My reasons, in summary, are as follows:

(1) The historic compromise which is embodied in s. 93 had as its purpose the protection of the religious schools of the minority, primarily Protestants in Quebec and Roman Catholics in Ontario. The majority schools needed no protection.

(2) Section 93 makes no mention of protection of the rights and privileges of the public schools.

(3) No decision of this Court or of any other court can be cited to support this proposition and all the authorities support the opposite conclusion.

(4) If s. 93 protects the rights and privileges of the public schools, then all rights and privileges enjoyed at Confederation must be included. There is no basis for concluding that while all rights and privileges of denominational schools are protected, the only privilege protected relating to public schools is funding.

voir n'est pas différent des chefs de compétence énumérés à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À l'instar de ces chefs, il est assujéti à la *Charte*. Rien dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30* ne laisse entendre le contraire.

Mon collègue le juge Iacobucci conclut que l'art. 93 établit un code complet en ce qui concerne les écoles confessionnelles et que la province ne peut vraisemblablement adopter que les lois prescrites par le par. 93(1) ou permises par le par. 93(3). Il conclut qu'une telle loi échappe ainsi à l'application de l'al. 2a) de la *Charte*, mais apparemment pas à celle de l'art. 15. À mon avis, ni la jurisprudence ni les principes n'appuient cette restriction tout à fait injustifiée du pouvoir absolu.

En ce qui concerne l'art. 15, mon collègue est d'avis qu'à certains égards, notamment en matière de financement, le par. 93(1) peut être interprété de façon à accorder une protection constitutionnelle non seulement aux «écoles confessionnelles» mentionnées dans la disposition, mais aussi aux écoles publiques. Je ne puis accepter cela. Voici, en résumé, les motifs que j'invoque à l'appui de ma position:

(1) Le compromis historique consacré à l'art. 93 visait à protéger les écoles confessionnelles des minorités, notamment les protestants du Québec et les catholiques romaines de l'Ontario. Les écoles de la majorité n'avaient pas besoin d'être protégées.

(2) L'article 93 ne mentionne pas la protection des droits et privilèges des écoles publiques.

(3) Aucune décision de notre Cour ou d'un autre tribunal ne peut être citée à l'appui de cette proposition, et toute la jurisprudence appuie la conclusion contraire.

(4) Si l'article 93 protège les droits et privilèges des écoles publiques, il doit alors protéger tous les droits et privilèges dont elles bénéficiaient à l'époque de la Confédération. Il n'y a aucune raison de conclure que le seul privilège protégé relativement aux écoles publiques est leur financement, alors que tous les droits et privilèges des écoles confessionnelles sont protégés.

(5) Entrenching rights and privileges of public schools relative to a benchmark of 1867 places the province in a straightjacket which impedes the progressive reform of educational institutions.

(5) La constitutionnalisation des droits et privilèges des écoles publiques par rapport à l'année de référence 1867 place la province dans un carcan qui fait obstacle à la réforme progressive des établissements scolaires.

126 I will first develop the reasons for my conclusion that the *Charter* applies to the legislation that provides funding to the public schools but not to the independent religious schools. I will then address the submission of the appellants that the legislation violates ss. 2(a) and 15 of the *Charter*.

Je vais d'abord expliquer les raisons pour lesquelles je conclus que la *Charte* s'applique à la loi qui prévoit le financement des écoles publiques, mais non des écoles confessionnelles indépendantes. J'examinerai ensuite l'argument des appelants selon lequel la loi en cause viole l'al. 2a) et l'art. 15 de la *Charte*.

1. Section 93 — A Complete Code

1. L'article 93 — Un code complet

127 My colleague deals with the applicability of ss. 2(a) and 15 separately. With respect to s. 2(a), he concludes, at para. 35, that s. 93 "is a comprehensive code with respect to denominational school rights. As a result, s. 2(a) of the *Charter* cannot be used to enlarge this comprehensive code". With respect to s. 15, however, he finds that the funding of public schools is impliedly within the protection of s. 93(1).

Mon collègue examine séparément l'applicabilité de l'al. 2a) et celle de l'art. 15. En ce qui concerne l'al. 2a), il conclut, au par. 35, que l'art. 93 «établit un code complet en ce qui concerne les droits relatifs aux écoles confessionnelles. Par conséquent, on ne saurait recourir à l'al. 2a) de la *Charte* pour élargir la portée de ce code complet». Cependant, en ce qui concerne l'art. 15, il conclut que le financement des écoles publiques est implicitement protégé par le par. 93(1).

128 In my view, if the impugned legislation is insulated from the *Charter* because it is a comprehensive code, it would be insulated from both ss. 2(a) and 15. I propose to deal with this issue on this basis. What my colleague's proposition amounts to is that s. 93 limits the power of the province to extend funding to the appellants and, therefore, the *Charter* cannot enlarge those powers. Otherwise, the *Charter* would invalidate the limiting provisions of s. 93 contrary to this Court's decision in the *Reference Re Bill 30*. The contrary view that s. 93 is a comprehensive code and that funding cannot be extended to independent religious schools would prevent the province from creating alternative religious schools such as those which exist in Alberta. See *School Act*, S.A. 1988, c. S-3.1, s. 16. It would also call into question the Alberta legislation. Later in his reasons, at para. 48, my colleague states that "[t]he province remains free to exercise its plenary power with regard to education in whatever way it sees fit . . . [T]he province could, if it so chose, pass legislation extending fund-

À mon avis, si la loi attaquée échappait à un examen fondé sur la *Charte* parce qu'elle établit un code complet, elle échapperait alors à l'application de l'al. 2a) et de l'art. 15. Je compte examiner cette question sous cet angle. La proposition de mon collègue revient à dire que l'art. 93 limite le pouvoir d'une province de financer les appelants et, en conséquence, que la *Charte* ne peut élargir ces pouvoirs. S'il en était autrement, la *Charte* invaliderait les dispositions restrictives de l'art. 93, contrairement à la décision de notre Cour dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*. L'opinion contraire, voulant que l'art. 93 établisse un code complet et que le financement ne puisse être accordé à des écoles confessionnelles indépendantes, empêcherait la province de créer des écoles confessionnelles parallèles comme celles qui existent en Alberta. Voir la *School Act*, S.A. 1988, ch. S-3.1, art. 16. Elle se trouverait aussi à mettre en question la loi de l'Alberta. Plus loin dans ses motifs, au par. 48, mon collègue affirme que «[l]a province demeure libre d'exercer, comme elle l'entend, son

ing . . .” to independent religious schools. These schools are not within the guarantees of s. 93 and if the province is free to legislate as suggested then s. 93 is not a comprehensive code with respect to legislative powers in relation to denominational schools.

The problem with this proposition is that the legislation funding the public school system is passed pursuant to the plenary power contained in the opening words of s. 93. As well, legislation extending funding to the appellants would call for the exercise of the plenary power. The plenary power is not restricted by the other provisions of s. 93 unless: (a) a right or privilege protected by s. 93(1) is affected or, (b) the legislation affects “any Right or Privilege of the Protestant or Roman Catholic Minority” created after Confederation in which case an appeal lies under s. 93(3) to the Governor General in Council. Neither the provisions of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, funding public schools nor legislation that would fund religion-based independent schools are within the terms of s. 93(3). Whether such legislation deals or would deal with a right or privilege protected by s. 93(1) is the issue with respect to the second branch of my colleague’s reasons which I will address below.

The broad scope of the power of the province over education conferred by s. 93 is manifest from the breadth of the language of the opening words: “In and for each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Education . . .” This power has been characterized as “a plenary power” over education to stress that it is a provincial power on the same footing as the provincial powers granted to the provinces in s. 92 of the *Constitution Act, 1867*.

In *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200, Viscount

pouvoir absolu en matière d’éducation [. . .] [L]a province pourrait, si elle le désirait, adopter une loi prévoyant le financement» d’écoles confessionnelles indépendantes. Ces écoles ne sont pas visées par les garanties de l’art. 93; alors si la province est libre de légiférer, tel que proposé, l’art. 93 n’établit pas un code complet des pouvoirs législatifs concernant les écoles confessionnelles.

Le problème que pose cette proposition est que la loi prévoyant le financement du régime d’écoles publiques est adoptée conformément au pouvoir absolu énoncé dans la disposition liminaire de l’art. 93. De même, c’est ce pouvoir absolu qui devrait être exercé pour adopter une loi prévoyant le financement des écoles des appelants. Ce pouvoir absolu n’est pas limité par les autres dispositions de l’art. 93 sauf a) s’il y a atteinte à un droit ou à un privilège protégé par le par. 93(1), ou b) si la loi en cause porte atteinte à «l’un quelconque des droits ou privilèges de la minorité protestante ou catholique romaine» créés après la Confédération, auquel cas il peut être interjeté appel devant le gouverneur général en conseil en vertu du par. 93(3). Le texte du par. 93(3) ne vise ni les dispositions de la *Loi sur l’éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, prévoyant le financement des écoles publiques ni une loi qui prescrirait le financement d’écoles confessionnelles indépendantes. La question de savoir si une telle loi porte ou porterait sur un droit ou privilège protégé par le par. 93(1) est celle qui se pose relativement au deuxième volet des motifs de mon collègue, que je vais maintenant examiner.

La disposition liminaire de l’art. 93 fait clairement ressortir la portée générale du pouvoir qu’il confère aux provinces en matière d’éducation: «Dans chaque province et pour chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur l’éducation . . .». On a qualifié ce pouvoir de «pouvoir absolu» en matière d’éducation afin de souligner qu’il s’agit d’un pouvoir provincial au même titre que les pouvoirs conférés aux provinces à l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Dans l’arrêt *Hirsch c. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C.

Cave L.C. commented on the scope of the plenary power at p. 215:

While s. 93 of the Act of 1867 protects every right or privilege with respect to denominational schools which any class of persons may have had by law at the Union, it does not purport to stereotype the educational system of the Province as then existing. On the contrary, it expressly authorizes the Provincial Legislature to make laws in regard to education subject only to the provisions of the section; and it is difficult to see how the Legislature can effectively exercise the power so entrusted to it unless it is to have a large measure of freedom to meet new circumstances and needs as they arise.

This passage was cited with approval in *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575, at pp. 585-86, and *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377, at pp. 399-400.

132

It is incontestable that if the plenary power stood alone, legislation providing funding to religion-based independent schools would be competent to the province and that legislation which failed to do so would be subject to *Charter* scrutiny. The limitation, if any, which restricts the power so as to immunize it from the *Charter* must be imposed by the other provisions of s. 93. What are these limitations?

133

In the *Reference Re Bill 30*, Estey J. stated at p. 1201:

The opening words of s. 93 are a clear grant of legislative power to the province, providing the province with the authority to make laws in relation to education. As such, the opening words of s. 93 are similar to the various grants of provincial power found in s. 92 of the *Constitution Act, 1867* and might well have been included in s. 92

And at p. 1202:

When read with the opening words of s. 93, which provide the province with a general plenary power to "exclusively make laws in relation to Education", it is clear that the province can make any laws with respect to education subject only to two limitations. First, any

200, à la p. 215, le vicomte Cave, lord chancelier, fait les remarques suivantes sur l'étendue de ce pouvoir absolu:

[TRADUCTION] Bien que l'art. 93 de la Loi de 1867 protège chaque droit ou privilège relatif aux écoles confessionnelles que la loi conférerait à toute catégorie de personnes lors de l'Union, il ne prétend pas stéréotyper le système d'éducation de la province qui existait à ce moment-là. Au contraire, il autorise expressément la législature de la province à légiférer en matière d'éducation sous réserve seulement des dispositions de l'article, et je peux difficilement voir comment la législature peut exercer d'une manière efficace le pouvoir qui lui a été conféré si elle n'a pas une grande marge de manœuvre pour s'adapter aux circonstances et aux besoins nouveaux lorsqu'ils se présentent.

Cet extrait a été cité et approuvé dans les arrêts *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575, aux pp. 585 et 586, et *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377, aux pp. 399 et 400.

Il est incontestable que, si le pouvoir absolu existait seul, une loi sur le financement d'écoles confessionnelles indépendantes relèverait de la province et une loi qui n'accorderait pas ce financement pourrait faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Toute restriction apportée à ce pouvoir, de manière à le soustraire à l'application de la *Charte*, doit être imposée par les autres dispositions de l'art. 93. Quelles sont ces restrictions?

Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, le juge Estey affirme, à la p. 1201:

La disposition liminaire de l'art. 93 confère une compétence législative manifeste à la province, lui octroyant le pouvoir de légiférer sur l'éducation. À ce titre, la disposition liminaire de l'art. 93 est analogue aux diverses attributions de compétences provinciales que l'on retrouve à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, aussi aurait-elle fort bien pu être incluse à l'art. 92 . . .

Et, à la p. 1202:

Rapproché de la disposition liminaire de l'art. 93, qui confère à la province une compétence générale absolue d'«exclusivement légiférer sur l'éducation», le paragraphe montre clairement que la province peut légiférer comme elle l'entend en matière d'éducation sous deux

such laws may not violate the minimum constitutional guarantees found in s. 93(1), and second, the exercise of this provincial power may also face federal intervention under s. 93(4). Support for this general proposition can be found in both *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202, and *Tiny Separate School Trustees v. The King*, [[1928] A.C. 363].

With respect to s. 93(1), as I have already indicated, this limitation is dependent on a finding that legislation funding the appellants' schools would affect a right or privilege protected by s. 93(1). For reasons that will follow, I am of the opinion that, even if it could be said that extending the funding to the appellants would affect the funding of public schools, the latter is not a right or privilege protected by s. 93(1).

As for s. 93(3), Wilson J., speaking for the majority, stated at p. 1169:

On their face these provisions would appear to support the view that Bill 30 is a valid exercise of legislative power by the provincial legislature. The opening words of s. 93 vest an exclusive plenary power over education in the Province "subject and according to" the provisions that follow. Section 93(3) does not appear to derogate in any way from that power.

There is nothing in s. 93(3) that restricts extending funding to others. It specifically contemplates the exercise of the plenary power to create a "System of Separate or Dissident Schools" where one does not exist. In addition, it provides an appeal to the Governor General in Council from, *inter alia*, any legislation which affects a right or privilege protected under s. 93(1) or created by subsequent legislation. Neither the legislation funding public schools nor legislation extending funding to the appellants' schools would be within the terms of s. 93(3). It would not affect any right or privilege of the Protestant or Roman Catholic minority and it would not establish a system of separate or dissident schools.

réserves uniquement: d'abord, toute loi de ce genre ne saurait violer les garanties constitutionnelles minimales que l'on retrouve au par. 93(1) et, ensuite, l'exercice de cette compétence provinciale peut aussi se heurter à une intervention fédérale en vertu du par. 93(4). Cette proposition générale est appuyée tant par l'arrêt *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202, que par l'arrêt *Tiny Separate School Trustees v. The King* [[1928] A.C. 363].

Pour ce qui est du par. 93(1), comme je l'ai déjà indiqué, cette restriction est subordonnée à la conclusion qu'une loi sur le financement des écoles des appelants porterait atteinte à un droit ou à un privilège protégé par le par. 93(1). Pour les motifs qui seront exposés plus loin, j'estime que, même si l'on pouvait dire qu'étendre le financement aux appelants nuirait au financement des écoles publiques, le financement des écoles publiques n'est pas un droit ou un privilège protégé par le par. 93(1).

En ce qui concerne le par. 93(3), le juge Wilson affirme, au nom de la majorité, à la p. 1169:

À première vue, ces dispositions paraissent appuyer le point de vue selon lequel le projet de loi 30 représente un exercice valide du pouvoir législatif de la législature provinciale. La disposition liminaire de l'art. 93 investit la province d'un pouvoir exclusif en matière d'éducation «sous réserve et en conformité des» dispositions qui suivent. Le paragraphe 93(3) ne paraît restreindre d'aucune manière ce pouvoir.

Rien dans le par. 93(3) ne restreint le financement d'autres écoles. Il prévoit explicitement l'exercice du pouvoir absolu pour établir un «système d'écoles séparées ou dissidentes» là où il n'en existe pas. En outre, il prévoit la possibilité d'interjeter appel devant le gouverneur général en conseil, notamment contre toute loi portant atteinte à un droit ou à un privilège protégé en vertu du par. 93(1) ou créé par une loi ultérieure. Ni la loi sur le financement des écoles publiques ni une loi prescrivant le financement des écoles des appelants ne seraient visées par le par. 93(3). Une telle loi ne porterait pas atteinte à un droit ou à un privilège de la minorité protestante ou catholique romaine et elle n'établirait pas un système d'écoles séparées ou dissidentes.

137 Bill 30 was held to be immune from *Charter* scrutiny because it was an exercise of the plenary power in a manner specifically contemplated by s. 93(3) and which authorized legislation which made distinctions on the basis of religion. A *Charter* remedy in these cases, based on this distinction, would negate the power to make them. The effect would be that one part of the *Charter* would invalidate another. At p. 1198, Wilson J. stated:

But the province is master of its own house when it legislates under its plenary power in relation to denominational, separate or dissentient schools. This was the agreement at Confederation and, in my view, it was not displaced by the enactment of the *Constitution Act, 1982*.

To the same effect, Estey J., at p. 1207, stated:

The power to establish or add to a system of Roman Catholic separate schools found in s. 93(3) expressly contemplates that the province may legislate with respect to a religiously-based school system funded from the public treasury. Although the *Charter* is intended to constrain the exercise of legislative power conferred under the *Constitution Act, 1867* where the delineated rights of individual members of the community are adversely affected, it cannot be interpreted as rendering unconstitutional distinctions that are expressly permitted by the *Constitution Act, 1867*. [Emphasis added.]

138 When the province exercises its plenary power outside of the areas specified in s. 93(1) and (3), it cannot be said that any distinctions that violate the *Charter* are "expressly permitted" or even contemplated. Legislation in such cases is no different from legislation under any of the heads of s. 92. Giving effect to the *Charter* will not invalidate any power conferred by s. 93 and the principle in the *Reference Re Bill 30* has no application.

On a statué que le projet de loi 30 échappait à l'examen fondé sur la *Charte* parce qu'il constituait un exercice du pouvoir absolu d'une manière explicitement envisagée par le par. 93(3), qui permettait d'adopter des lois établissant des distinctions fondées sur la religion. Accorder, dans ces cas, une réparation fondée sur la *Charte*, en raison de ces distinctions, annihilerait le pouvoir de les faire. Une partie de la *Charte* se trouverait alors à en invalider une autre. Comme l'affirme le juge Wilson, à la p. 1198:

Mais la province est maître dans sa propre maison lorsqu'elle légifère en vertu de son pouvoir absolu en matière d'écoles confessionnelles, séparées ou dissidentes. C'est là l'entente qui a été conclue à la Confédération et à laquelle, à mon avis, l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a rien changé.

Les propos du juge Estey, à la p. 1207, vont dans le même sens:

Le pouvoir de créer un réseau d'écoles séparées catholiques ou de l'agrandir, qu'on trouve au par. 93(3), prévoit expressément que la province peut légiférer relativement à un système scolaire reposant sur la religion financé à même le trésor public. Certes, on a voulu que la *Charte* limite l'exercice des compétences législatives conférées par la *Loi constitutionnelle de 1867*, lorsqu'il est porté atteinte aux droits y énoncés des individus composant la société; mais elle ne saurait être interprétée comme rendant ipso facto inconstitutionnelles les distinctions expressément autorisées par la *Loi constitutionnelle de 1867*. [Je souligne.]

Lorsque la province exerce son pouvoir absolu en dehors des domaines mentionnés aux par. 93(1) et (3), on ne saurait dire que toute distinction qui viole la *Charte* est «expressément autorisée» ou même prévue. Dans ces cas, la situation de la loi en cause n'est pas différente de celle d'une loi adoptée en vertu de l'un ou l'autre des chefs de compétence énumérés à l'art. 92. Appliquer la *Charte* n'invalidera aucun pouvoir conféré par l'art. 93 et le principe énoncé dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30* ne s'applique pas.

Rien de ce qui a été dit dans l'arrêt *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, que mentionne mon collègue, ne change quoi que ce soit à cette conclusion. Dans l'affaire *Mahe*, des parents d'enfants de

139 This conclusion is not affected by anything that was said in *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, to which my colleague refers. In *Mahe*, parents of children of the minority Francophone community

in Edmonton claimed the right to management and control of their schools. In furtherance of this claim, they sought the benefit of s. 15 in interpreting their rights under s. 23 of the *Charter*. Dickson C.J. refused to accede to this argument. He observed that s. 23 provides in a comprehensive way for protection of minority linguistic rights. English and French minorities are given preferential treatment over other groups and it would be quite incongruous for members of one of these groups to rely on s. 15 which seeks to attain universal equality for all individuals.

The situation in *Mahe* is not at all comparable to the situation in which the appellants claim *Charter* relief. They are not members of a group entitled to claim protection under s. 93(1) or (3). They cannot be told, as were the appellants in *Mahe*, that there is already a special provision in the *Charter* for protection of their rights. The case would be comparable if parents of children of a separate school sought the aid of s. 15 to maximize their rights and privileges under s. 93.

2. Section 93(1) and the *Charter*

The second proposition advanced by my colleague which serves to insulate the impugned legislation from *Charter* scrutiny under s. 15 is that pre-Confederation legislation equated certain rights and privileges of separate schools to those of public schools and thereby impliedly brought these rights and privileges within the protection of s. 93(1). Not all rights and privileges of public schools existing at Confederation are protected, just those that relate to the existence of public schools "which are open to all members of society, without distinction".

I note at the outset that this proposition erroneously assumes that because certain rights and privileges of the Protestant majoritarian schools are relevant in identifying the rights and privileges of separate schools, the former are *ipso facto* given

la minorité francophone d'Edmonton réclamaient le droit de gérer et de contrôler leurs écoles. Dans leur demande, ils ont cherché à se prévaloir de l'art. 15 pour interpréter le droit que leur conférerait l'art. 23 de la *Charte*. Le juge en chef Dickson a refusé de faire droit à cet argument. Il a fait observer que l'art. 23 offre une protection complète des droits linguistiques des minorités. Les minorités francophones et anglophones bénéficient d'un traitement préférentiel par rapport à d'autres groupes, et il serait tout à fait absurde que des membres de l'un de ces groupes invoquent l'art. 15 qui vise à réaliser l'égalité de tous.

La situation dans *Mahe* n'est absolument pas comparable aux circonstances dans lesquelles les appelants demandent une réparation fondée sur la *Charte*. Les appelants ne font pas partie d'un groupe ayant le droit de réclamer une protection en vertu des par. 93(1) ou (3). On ne peut pas leur dire, comme les appelants se l'ont fait dire dans *Mahe*, que la *Charte* renferme déjà une disposition spéciale relative à la protection de leurs droits. Les deux situations seraient comparables si les parents d'enfants qui fréquentent une école séparée cherchaient à recourir à l'art. 15 pour maximiser leurs droits et privilèges en vertu de l'art. 93.

2. Le paragraphe 93(1) et la *Charte*

La deuxième proposition que mon collègue a avancée pour soustraire la loi attaquée à l'examen fondé sur l'art. 15 de la *Charte* est que les lois en vigueur avant la Confédération assimilaient certains droits et privilèges des écoles séparées à ceux des écoles publiques, et faisaient implicitement en sorte que ces droits et privilèges bénéficiaient de la protection du par. 93(1). Ce ne sont pas tous les droits et privilèges des écoles publiques qui existaient lors de la Confédération qui sont protégés, mais seulement ceux qui ont trait à l'existence des écoles publiques «qui sont accessibles à tous les membres de la société, sans distinction».

Je souligne, au départ, que cette proposition suppose à tort que, parce qu'ils sont pertinents pour déterminer les droits et privilèges des écoles séparées, certains droits et privilèges des écoles protestantes de la majorité bénéficient, par le fait même,

constitutional protection. My colleague says, at para. 44, that "public schools are part and parcel of s. 93's comprehensive code". But, the rights and privileges of public schools are merely the benchmarks for ascertaining the rights and privileges of separate schools. Certain provisions of pre-Confederation statutes gave separate schools the same rights as enjoyed by public schools. While the terms of those statutes are relevant to ascertain what these rights and privileges were, the statutes themselves are not given constitutional status. Only the rights and privileges of separate schools were given constitutional protection.

de la protection de la Constitution. Mon collègue affirme, au par. 44, que «les écoles publiques font partie intégrante du code complet de l'art. 93». Cependant, les droits et privilèges des écoles publiques ne constituent que des points de repère pour déterminer les droits et privilèges des écoles séparées. Certaines dispositions des lois en vigueur avant la Confédération conféraient aux écoles séparées les mêmes droits que ceux dont jouissaient les écoles publiques. Bien que le texte de ces lois soit pertinent pour déterminer quels étaient ces droits et privilèges, ces lois elles-mêmes n'ont pas un statut constitutionnel. Seuls les droits et privilèges des écoles séparées étaient protégés par la Constitution.

143 My colleague further states that the plenary power is entrenched only as long as it is exercised within the confines referred to above. The province can legislate, however, to extend funding to independent religious schools which, of course, are not open to all without distinction. Such legislation would perforce be subject to the *Charter*. It follows logically that failure to legislate would also be subject to the *Charter*. On a more fundamental basis, I cannot accept that, when the plenary power is exercised divorced from s. 93(1) and (3), it is entrenched in the sense that its exercise is immune from *Charter* scrutiny. It is entrenched only to the same extent that other powers in s. 92 are entrenched. It is in the Constitution and like other powers can be exercised only in conformity with the *Charter*.

Mon collègue affirme aussi que le pouvoir absolu n'est constitutionnalisé que dans la mesure où il est exercé dans les limites susmentionnées. Cependant, la province peut légiférer pour financer des écoles confessionnelles indépendantes qui ne sont évidemment pas accessibles à tous, sans distinction. Une telle loi serait nécessairement assujettie à l'application de la *Charte*. En toute logique, il s'ensuit qu'une omission de légiférer serait également sujette à l'application de la *Charte*. D'une façon plus fondamentale, je ne puis accepter que, s'il est exercé indépendamment des par. 93(1) et (3), le pouvoir absolu est constitutionnalisé en ce sens que son exercice échappe à l'examen fondé sur la *Charte*. Il n'est constitutionnalisé que dans la même mesure que les pouvoirs énumérés à l'art. 92. Il se trouve dans la Constitution et, à l'instar d'autres pouvoirs, il ne peut être exercé qu'en conformité avec la *Charte*.

144 With due respect to the contrary view, the conclusion I have reached is supported by: (1) the wording of s. 93 of the *Constitution Act, 1867* and s. 29 of the *Constitution Act, 1982*; (2) the historical background; (3) the cases; and (4) policy.

En toute déférence pour l'opinion contraire, la conclusion à laquelle j'arrive est appuyée par (1) le texte de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l'art. 29 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, (2) le contexte historique, (3) la jurisprudence, et (4) la politique générale.

3. Sections 93 and 29

3. Les articles 93 et 29

145 Section 93(1) provides:

Voici le texte du par. 93(1):

93. ...

93. ...

(1) Nothing in any such Law shall prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union:

There is no mention in s. 93(1) of any rights or privileges of the common schools or of the rights and privileges of the majority.

Section 93(2) refers to the separate schools and the dissentient schools. No mention is made of common schools or the schools of the majority.

Section 93(3) refers only to "any Right or Privilege of the Protestant or Roman Catholic Minority". In ascertaining what rights and privileges are protected by s. 93(1), it is necessary to review the history of pre-Confederation legislation. As stated by Wilson J. in the *Reference Re Bill 30*, at p. 1177:

It is immediately apparent that the scope of the rights and privileges protected under the section must be determined by ascertaining the rights and privileges in existence at the time of the Union. Was there any right or privilege entitling denominational secondary schools to full funding by law at the time of Confederation? To answer this it is necessary to consider the history of pre-Confederation legislation pertaining to education in Upper Canada.

In some instances, as in the case of funding, the historical evidence reveals that the denominational schools were treated on an equal footing with the majority school system. In such cases, the only relevance of the right and privilege is to establish the constitutionally protected entitlement of the denominational school. The fact that historical evidence relating to the entitlement of the majority schools is resorted to does not mean that it is thereby given constitutional protection.

In 1982 the framers of the *Charter* had occasion to consider what protection was provided under s. 93(1). Section 29 was enacted to immunize rights protected by s. 93(1) from *Charter* scrutiny.

(1) Rien dans cette législation ne devra préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles;

Le paragraphe 93(1) ne mentionne aucunement les droits ou privilèges des écoles communes, ni les droits et privilèges de la majorité.

Le paragraphe 93(2) parle des écoles séparées et des écoles dissidentes. Il ne mentionne aucunement les écoles communes ou les écoles de la majorité.

Le paragraphe 93(3) ne mentionne que les «droits ou privilèges de la minorité protestante ou catholique romaine». Pour déterminer quels sont les droits et privilèges protégés par le par. 93(1), il est nécessaire d'examiner l'historique de la loi antérieure à la Confédération. Comme l'affirme le juge Wilson, à la p. 1177 du *Renvoi relatif au projet de loi 30*:

On voit tout de suite que la portée des droits et privilèges garantis par l'article doit être déterminée en vérifiant les droits et privilèges qui existaient au moment de l'Union. Y avait-il quelque droit ou privilège donnant aux écoles confessionnelles de niveau secondaire le droit au plein financement, selon la loi, à l'époque de la Confédération? Pour répondre à cela, il est nécessaire d'examiner l'historique de la législation antérieure à la Confédération portant sur l'enseignement dans le Haut-Canada.

Dans certains cas, comme celui du financement, la preuve historique révèle que les écoles confessionnelles étaient considérées sur un pied d'égalité avec les écoles de la majorité. Dans de tels cas, les droits et privilèges ne sont pertinents que pour établir les droits relatifs aux écoles confessionnelles que protège la Constitution. Le fait que l'on utilise la preuve historique concernant les droits relatifs aux écoles de la majorité ne signifie pas pour autant que ces droits sont protégés par la Constitution.

En 1982, les rédacteurs de la *Charte* ont eu l'occasion d'examiner la protection offerte en vertu du par. 93(1). L'article 29 a été adopté pour que les droits protégés par le par. 93(1) échappent à l'exa-

146

1996 (1) 148 (147)

149

150

Section 29, therefore, serves as a statement of Parliament and the provinces which ratified the *Charte* as to the extent of the rights guaranteed by s. 93(1). In the *Reference Re Bill 30*, Wilson J. was of the view that s. 29 immunized s. 93(1) from *Charte* review even though she concluded that such immunity existed apart from s. 29. Section 29 was adopted for greater certainty. This in no way diminishes its force as a statement by Parliament and provinces as to what s. 93(1) protects. Section 29 is a clear statement that the rights and privileges guaranteed under s. 93 are those of "denominational, separate or dissentient schools".

4. Historical Background

151

A number of cases have reviewed the background to the historical compromise which s. 93 embodies. See *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202, and *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398. The most recent review is contained in the reasons of Wilson J. in the *Reference Re Bill 30*. At p. 1173, Wilson J. sums up the situation as follows:

The protection of minority religious rights was a major preoccupation during the negotiations leading to Confederation because of the perceived danger of leaving the religious minorities in both Canada East and Canada West at the mercy of overwhelming majorities.

152

Wilson J. refers to extracts in the Parliamentary debates of the time to stress the crucial importance of protecting the religious minority. At p. 1173, the statement of Lord Carnarvon is quoted:

... the object of the clause [s. 93] is to secure to the religious minority of one province the same rights, privileges and protection which the religious minority of another Province may enjoy. The Roman Catholic minority of Upper Canada, the Protestant minority of Lower Canada and the Roman Catholic minority of the Maritime Provinces, will thus stand on a footing of entire equality.

men fondé sur la *Charte*. En conséquence, l'art. 29 constitue un énoncé du Parlement et des provinces qui ont ratifié la *Charte*, relativement à l'étendue des droits garantis par le par. 93(1). Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, le juge Wilson était d'avis que l'art. 29 mettait le par. 93(1) à l'abri d'un examen fondé sur la *Charte*, même si elle a conclu que cette immunité existait indépendamment de l'art. 29. L'article 29 a été adopté pour plus de certitude. Cela ne diminue aucunement sa force en tant qu'énoncé du Parlement et des provinces relativement à ce qui est protégé par le par. 93(1). L'article 29 énonce clairement que les droits et privilèges garantis en vertu de l'art. 93 sont ceux relatifs aux écoles séparées et autres écoles confessionnelles.

4. Le contexte historique

Le contexte du compromis historique que consacrer l'art. 93 a été examiné dans un certain nombre de décisions. Voir *Brophy c. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202, et *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398. L'examen le plus récent a été fait par le juge Wilson dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*. À la page 1173, le juge Wilson résume ainsi la situation:

La protection des droits religieux des minorités constituait une préoccupation majeure lors des négociations qui ont abouti à la Confédération parce qu'on craignait que les minorités religieuses de l'Est et de l'Ouest canadiens ne soient livrées à la merci de majorités écrasantes.

Le juge Wilson renvoie à des extraits des débats parlementaires de l'époque pour faire ressortir l'importance cruciale de protéger la minorité religieuse. À la page 1173, elle cite une déclaration de lord Carnarvon:

(TRADUCTION) ... l'objet de la disposition (l'art. 93) est d'assurer à la minorité religieuse d'une province la même protection et les mêmes droits et privilèges que ceux dont peut jouir la minorité religieuse d'une autre province. La minorité catholique du Haut-Canada, la minorité protestante du Bas-Canada et la minorité catholique des provinces maritimes seront en conséquence sur un pied de parfaite égalité.

And, at pp. 1173-74, Sir Charles Tupper in *Debates of the House of Commons* dated March 3, 1896, at p. 2724, is quoted as follows:

... I say it within the knowledge of all these gentlemen ... that but for the consent to the proposal of the Hon. Sir Alexander Galt, who represented especially the Protestants of the great province of Quebec on that occasion, but for the assent of that conference to the proposal of Sir Alexander Galt, that in the Confederation Act should be embodied a clause which would protect the rights of minorities, whether Catholic or Protestant, in this country, there would have been no Confederation ... I say, therefore, it is important, it is significant that without this clause, without this guarantee for the rights of minorities being embodied in that new constitution, we should have been unable to obtain any confederation whatever. That is my reason for drawing attention to it at present.

No mention is made in these historic statements of protection for the majority. The reason is obvious. The majority was in control of the legislature and had no need to have special guarantees in the *Constitution Act, 1867*. Wilson J. sums it up at p. 1193:

The security afforded the Roman Catholic minority through the tying of funding for its schools to a proportion of the funding for the common schools was in the certainty that the Legislature would never cut off funding for the common schools. There would therefore always be a grant in which the separate schools would be entitled to share.

There is another aspect of my colleague's analysis of this point to which the historical background is pertinent. The rights and privileges that s. 93(1) protects are those which existed at law at Confederation. With respect to denominational schools, all such rights are protected provided they relate to the denominational character of the school. See *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, *supra*. If the plenary power to legislate to protect the existence of public schools "designed for all members of the community alike, whatever their creed" was similarly entrenched, one would expect to find some historical support for this. One would expect to find pre-

Puis, aux pp. 1173 et 1174, elle cite une déclaration de sir Charles Tupper, figurant dans les *Débats de la Chambre des communes* du 3 mars 1896, à la p. 2724:

... je le dis à la connaissance de tous ces messieurs [...] sans l'adoption de la proposition de l'honorable sir Alexander Galt, qui représentait tout spécialement les protestants de la grande province de Québec, si l'on n'eût pas consenti à mettre dans l'Acte de la Confédération une disposition protégeant les droits des minorités, catholiques ou protestantes, dans ce pays, il n'y aurait pas eu de confédération (...) Je dis donc qu'il est important, qu'il est significatif de noter que, sans l'insertion dans la nouvelle constitution de cet article, de cette garantie des droits des minorités, nous n'aurions pas eu de confédération du tout. [C'est la raison pour laquelle j'attire maintenant votre attention sur ce fait.]

Dans ces déclarations historiques, il n'est pas question de la protection de la majorité. La raison en est évidente. C'est la majorité qui avait le contrôle de la législature et elle n'avait pas besoin de bénéficier de garanties spéciales dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le juge Wilson résume la situation, à la p. 1193:

La garantie accordée à la minorité catholique en liant les fonds affectés à ses écoles à une proportion des fonds affectés aux écoles communes, reposait sur la certitude que le législateur ne cesserait jamais de financer les écoles communes. Il y aurait donc toujours des fonds dont une part reviendrait aux écoles séparées.

L'analyse que mon collègue fait de ce point comporte un autre aspect relativement auquel le contexte historique est pertinent. Les droits et privilèges protégés par le par. 93(1) sont ceux qui existaient en droit au moment de la Confédération. En ce qui concerne les écoles confessionnelles, tous ces droits sont protégés à la condition qu'ils se rapportent au caractère confessionnel de l'école. Voir l'arrêt *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, précité. Si le pouvoir absolu de légiférer pour protéger l'existence des écoles publiques [TRADUCTION] «destinées à tous les membres de la collectivité de la même façon, quelle que soit leur foi»

Charter challenges to the teaching of Christianity in the public schools on this basis. The historical record, however, does not support this scenario. While education in common schools might have been classed as non-denominational, it certainly did not conform to the model which my colleague says s. 93 is intended to protect from the *Charter*. Instead, the Council of Public Instruction for Upper Canada prescribed that "Christianity is the basis of our whole system of elementary education... [and] that principle should pervade it throughout" (as quoted by Pierre Carignan, "La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation" (1986), 20 *R.J.T.* 375, at p. 431, note 269). Moreover, where separate denominational schools were allowed to exist, children of that denomination were not entitled to attend common schools but were required to attend separate school: *An Act respecting Common Schools in Upper Canada*, C.S.U.C. 1859, c. 64, s. 27(16). Dissident parents that did not have the benefit of a separate school had to rely on a statutory exemption in order for their children to be excused from participating in religious activities or instruction in the public school system. See *An Act respecting Common Schools in Upper Canada*, s. 169. Similar provisions remained virtually unchanged on the books in Ontario until recent times. The very existence of such an exemption confirms the non-secular nature of the public school system at the time of Confederation.

était aussi inscrit dans la Constitution, on s'attendrait à trouver des faits historiques à l'appui de cela. On s'attendrait à trouver qu'il y a eu, pour ce motif, des contestations antérieures à la *Charte* relativement à l'enseignement du christianisme dans les écoles publiques. Cependant, l'histoire n'appuie pas ce scénario. Même si l'éducation dans les écoles communes avait pu être considérée comme non confessionnelle, elle n'était sûrement pas conforme au modèle que l'art. 93 visait, selon mon collègue, à soustraire à l'application de la *Charte*. Au contraire, le Council of Public Instruction for Upper Canada avait affirmé que [TRADUCTION] «[l]e christianisme est le fondement de tout notre système d'enseignement élémentaire [...] [et] ce principe devrait l'animer au complet» (cité par Pierre Carignan, «La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation» (1986), 20 *R.J.T.* 375, à la p. 431, note 269). De plus, dans le cas où des écoles confessionnelles séparées pouvaient exister, les enfants de la foi y professée n'avaient pas le droit de fréquenter les écoles communes, mais devaient fréquenter des écoles séparées: *An Act respecting Common Schools in Upper Canada*, C.S.U.C. 1859, ch. 64, par. 27(16). Les parents dissidents qui ne bénéficiaient pas d'une école séparée devaient se prévaloir d'une exception prévue dans la loi pour que leurs enfants puissent être dispensés de participer à des activités religieuses, encore envoyer leurs enfants dans des écoles du système public. Voir *An Act respecting Common Schools in Upper Canada*, art. 169. Des dispositions semblables, presque inchangées, étaient encore en vigueur en Ontario jusqu'à tout récemment. L'existence même d'une telle exemption confirme le caractère non laïque du système d'écoles publiques à l'époque de la Confédération.

155 The issue of religious education in Ontario public schools was the subject of two comprehensive government studies: the *Royal Commission on Education in Ontario* (the Hope Commission) in the early fifties and the Committee on Religious Education in the Public Schools of the Province of Ontario (the MacKay Committee) in the late sixties. Referring extensively to Christian values and

La question de l'éducation religieuse dans les écoles publiques de l'Ontario a fait l'objet de deux études gouvernementales exhaustives: la *Royal Commission on Education in Ontario* (la commission Hope) au début des années 50, et le Committee on Religious Education in the Public Schools of the Province of Ontario (le comité MacKay) à la fin des années 60. En décrivant abondamment les

ideas as the cornerstone of Canadian society, the Hope Commission Report endorsed the existing system of religious education in public schools, in particular the teaching of "honesty and Christian love".

The MacKay Report (*Report on Religious Information and Moral Development*), released in 1969, examined the existing system and concluded that the religious curriculum was designed to indoctrinate students in the Christian faith and way of life. Considering the exemption provisions, the Committee concluded that they were discriminatory and unfair. While some changes towards secularization took place, it was not until the provisions were successfully challenged under the *Charter* that the exemption provisions were removed.

Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director) (1988), 65 O.R. (2d) 641 (C.A.), and *Canadian Civil Liberties Assn. v. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341 (C.A.) (hereinafter referred to as the *Elgin County* case), in which religious instruction was successfully challenged, contain no discussion that would suggest that there was any consideration given as to whether the plenary power had been exercised within the confines that immunize its exercise from *Charter* challenge. In my view these cases were decided, and rightly so, on the ground that the *Charter* applied because they were not dealing with protected rights in that rights and privileges of the public school system were at issue.

5. The Cases

The judgments of this Court and the Privy Council that have analysed s. 93 uniformly refer only to the rights and privileges of religious minorities. No case has been cited and I have been unable to find one that suggests that the protection of s. 93(1) extends to aspects of the public school system. In *Hirsch, supra*, at p. 207, Viscount Cave stated:

valeurs et les idées chrétiennes comme étant la pierre angulaire de la société canadienne, le rapport de la commission Hope a approuvé le régime existant d'enseignement religieux dans les écoles publiques, notamment l'enseignement de [TRADUCTION] «l'honnêteté et [de] l'amour chrétien».

Le rapport MacKay (*Report on Religious Information and Moral Development*) rendu public en 1969, a examiné le régime qui existait à l'époque et a conclu que le programme d'enseignement religieux visait à inculquer aux élèves la foi et le mode de vie chrétiens. Dans son examen des dispositions d'exemption, le comité a conclu qu'elles étaient discriminatoires et inéquitables. Bien qu'il y ait eu, à l'époque, une certaine évolution vers la laïcisation, ce n'est qu'après qu'elles eurent été contestées avec succès en vertu de la *Charte* que les dispositions d'exemption ont été supprimées.

Les affaires *Zylberberg c. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641 (C.A.), et *Canadian Civil Liberties Assn. c. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341 (C.A.) (ci-après «*Elgin County*»), dans lesquelles l'enseignement religieux a été contesté avec succès, ne renferment aucune analyse qui laisserait supposer que l'on a examiné si l'exercice du pouvoir absolu s'était fait à l'intérieur des limites qui lui permettent d'échapper à toute contestation fondée sur la *Charte*. À mon avis, en rendant ces deux arrêts, la Cour d'appel a tenu pour acquis, à juste titre que la *Charte* s'appliquait parce qu'il n'était pas question de droits protégés, mais plutôt de droits et privilèges du régime d'écoles publiques.

5. La jurisprudence

Les arrêts dans lesquels notre Cour et le Conseil privé ont analysé l'art. 93 ne portent tous que sur les droits et privilèges de minorités religieuses. On ne nous a cité aucune décision — et d'ailleurs je n'en ai trouvé aucune — dans laquelle la protection du par. 93(1) s'applique à des aspects du régime d'écoles publiques. Dans l'arrêt *Hirsch*, précité, à la p. 207, le vicomte Cave affirme:

156
1996 CanLII 148 (SCC)

157

158

In order to determine whether the restrictions imposed by s. 93 of the Act of 1867 are infringed by the Quebec statute of 1903, it is necessary to consider, first, whether any and which of the schools referred to in that statute were denominational schools in which any class of persons had by law any right or privilege at the Union, and, secondly, whether and to what extent that statute prejudicially affects any such right or privilege.

[TRADUCTION] Pour déterminer si la loi québécoise de 1903 contrevient aux restrictions imposées par l'art. 93 de la Loi de 1867, il faut, premièrement, examiner s'il y avait, parmi les écoles énumérées dans cette loi, des écoles confessionnelles relativement auxquelles une catégorie de personnes avait un droit ou privilège conféré par la loi lors de l'Union, et quelles étaient ces écoles, et deuxièmement, si la loi en cause portait à un tel droit ou privilège et dans quelle mesure elle le faisait.

159

In the *Reference Re Bill 30* there are numerous references to the scope of s. 93(1). I have already referred to them above. No suggestion is made that the protection relates to rights and privileges of public schools. My colleague's reference to the statements of Wilson J. in relation to the plenary power does not support his paraphrase to the effect that legislation under the plenary power relating to funding for secular schools is insulated from *Charter* attack. It is clear that it is the exercise of the plenary power in relation to the matters specifically authorized by s. 93(3) that is immune. The whole of the passage from which my colleague's extracts are taken makes this clear. Wilson J. states, at p. 1198:

Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, on mentionne, à maintes reprises, la portée du par. 93(1). J'ai déjà parlé de ces mentions. On ne laisse aucunement entendre que la protection a trait aux droits et privilèges des écoles publiques. La mention que mon collègue fait des propos du juge Wilson relativement au pouvoir absolu ne justifie pas sa paraphrase voulant qu'une loi sur le financement d'écoles laïques, adoptée en vertu du pouvoir absolu, échappe à toute contestation fondée sur la *Charte*. De toute évidence, c'est l'exercice du pouvoir absolu, relativement aux questions explicitement autorisées par le par. 93(3), qui est à l'abri d'une telle contestation. Le passage au complet dont mon collègue cite des extraits précise clairement cela. Le juge Wilson affirme, à la p. 1198:

The question then becomes: does s. 29 protect rights or privileges conferred by legislation passed under the province's plenary power in relation to education under the opening words of s. 93? In my view, it does although again I do not believe it is required for this purpose. The Confederation compromise in relation to education is found in the whole of s. 93, not in its individual parts. The section 93(3) rights and privileges are not guaranteed in the sense that the s. 93(1) rights and privileges are guaranteed, i.e., in the sense that the legislature which gave them cannot later pass laws which prejudicially affect them. But they are insulated from *Charter* attack as legislation enacted pursuant to the plenary power in relation to education granted to the provincial legislatures as part of the Confederation compromise. Their protection from *Charter* review lies not in the guaranteed nature of the rights and privileges conferred by the legislation but in the guaranteed nature of the province's plenary power to enact that legislation. What the province gives pursuant to its plenary power the province can take away, subject only to the right of appeal to the Governor General in Council. But the province is master of its own house when it legislates

La question devient alors la suivante: l'art. 29 protège-t-il les droits ou privilèges acquis en vertu des lois que la province a adoptées conformément au pouvoir absolu que lui confère en matière d'éducation la disposition liminaire de l'art. 93? J'estime que oui même si, encore une fois, je ne crois pas qu'il soit nécessaire à cette fin. Le compromis fédéral en matière d'éducation se trouve dans l'ensemble de l'art. 93 et non dans ses éléments constitutifs pris individuellement. Les droits et privilèges du par. 93(3) ne sont pas garantis dans le même sens que les droits et privilèges du par. 93(1) le sont, c'est-à-dire en ce sens que l'assemblée législative qui les a conférés ne peut, par la suite, adopter des lois qui leur portent atteinte. Cependant, ils sont à l'abri de toute contestation fondée sur la *Charte* en tant que lois adoptées conformément au pouvoir absolu en matière d'éducation que se sont vu accorder les assemblées législatives provinciales dans le cadre du compromis fédéral. Leur protection contre tout examen fondé sur la *Charte* réside non pas dans la nature garantie des droits et privilèges conférés par des lois, mais bien dans la nature garantie du pouvoir absolu de la province d'adopter ces lois. Ce que la province donne conformément à son pouvoir absolu, elle peut le reprendre sous réserve seulement du droit d'interjeter appel au gouver-

under its plenary power in relation to denominational, separate or dissentient schools.

As I have pointed out earlier in my reasons, the Court was at pains to stress that the plenary power itself was no different in character than any of the powers in s. 92. When exercised in the manner expressly permitted by s. 93(3) in relation to denominational schools, the legislature is expressly authorized to make distinctions on the basis of religion. This is what renders the legislation immune from *Charter* review. If subject to the *Charter*, s. 93(3) would be emasculated. This would mean that one part of the Constitution would be permitted to invalidate another. As explicitly stated by Estey J. in the passage quoted above from *Reference Re Bill 30* at p. 1207, "it [the *Charter*] cannot be interpreted as rendering unconstitutional distinctions that are expressly permitted by the *Constitution Act, 1867*".

In *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, our Court held that even in respect of denominational schools only denominational aspects and non-denominational aspects related thereto were protected. At issue was the validity of s. 16(7) of the *Education Act*, R.S.Q., c. I-14, and regulations thereunder which sought to regulate the non-denominational aspects of elementary and secondary curriculum. The appellants contended that these provisions violated a right protected under s. 93(1) enabling the Protestant minority in Quebec to manage and control its schools, including curriculum. At p. 411, Beetz J. stated:

... certain non-denominational aspects of curriculum may fall within the protection of the s. 93(1) guarantee because they are "with respect to Denominational Schools". In other words, constitutional protection "with respect to Denominational Schools" has both denominational and non-denominational components. The prob-

neur général en conseil. Mais la province est maître dans sa propre maison lorsqu'elle légifère en vertu de son pouvoir absolu en matière d'écoles confessionnelles, séparées ou dissidentes.

Comme je l'ai déjà fait remarquer dans mes motifs, notre Cour a bien pris soin de souligner que la nature du pouvoir absolu lui-même n'était pas différente de celle de l'un ou l'autre pouvoir énuméré à l'art. 92. Lorsqu'il exerce son pouvoir de la façon explicitement permise au par. 93(3) relativement aux écoles confessionnelles, le législateur est expressément autorisé à établir des distinctions fondées sur la religion. C'est ce qui fait que la loi échappe à tout examen fondé sur la *Charte*. S'il était assujéti à l'application de la *Charte*, l'effet du par. 93(3) serait atténué. Cela signifierait qu'une partie de la Constitution pourrait servir à en invalider une autre. Comme l'a précisé le juge Estey dans l'extrait précité du *Renvoi relatif au projet de loi 30*, à la p. 1207, «elle [la *Charte*] ne saurait être interprétée comme rendant *ipso facto* inconstitutionnelles les distinctions expressément autorisées par la *Loi constitutionnelle de 1867*».

Dans l'arrêt *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, précité, notre Cour a statué que, même dans le cas des écoles confessionnelles, la protection ne s'étendait qu'aux aspects confessionnels et non confessionnels s'y rattachant. Il était question de la validité du par. 16(7) de la *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., ch. I-14, et de son règlement d'application qui cherchaient à réglementer les aspects non confessionnels du programme d'études aux niveaux primaire et secondaire. Les appelantes soutenaient que ces dispositions violaient un droit protégé par le par. 93(1), savoir le droit de la minorité protestante au Québec d'administrer et de diriger ses propres écoles, y compris le programme d'études. Comme l'affirme le juge Beetz, à la p. 411:

... certains aspects non confessionnels du programme d'études peuvent bénéficier de la protection offerte par la garantie énoncée au par. 93(1) parce qu'ils sont relatifs aux écoles confessionnelles. En d'autres termes, la protection constitutionnelle «relativement aux écoles confessionnelles» comporte aussi bien des éléments

160

1996 CanLII 148 (SCC)

161

lem in *Hull* [*Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575], in this case and in other like cases, is determining the extent to which these non-denominational aspects of curriculum merit constitutional protection.

confessionnels que des éléments non confessionnels. Le problème dans l'affaire *Hull* [*Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575], dans la présente affaire et dans des affaires analogues, est de déterminer dans quelle mesure ces aspects non confessionnels du programme d'études méritent d'être protégés par la Constitution.

162 In *Mahe, supra*, it was argued that the transfer of power to linguistic minority boards would infringe the rights and privileges of denominational schools under s. 93(1). Dickson C.J., speaking for the Court, held that transfer of powers of management and control to a minority linguistic board would not alter the denominational character of denominational schools. At pp. 382-83, he observed:

Dans *Mahe*, précité, on a soutenu que le transfert de pouvoirs à des conseils de la minorité linguistique contreviendrait aux droits et privilèges des écoles confessionnelles visés au par. 93(1). Le juge en chef Dickson a statué, au nom de notre Cour, qu'un transfert des pouvoirs de gestion et de contrôle à un conseil de la minorité linguistique ne changerait pas le caractère confessionnel des écoles confessionnelles. Aux pages 382 et 383, il fait remarquer:

The transfer of the powers in respect of management and control thus amounts to the regulation of a non-denominational aspect of education, namely, the language of instruction, a form of regulation which the courts have long held to be valid I note that this conclusion was also reached by the Ontario Court of Appeal in *Reference Re Education Act of Ontario*, [(1984), 10 D.L.R. (4th) 491]. That court stated that the provinces enjoy a "full power of regulation", adding on p. 538, that "[s]o long as the legislation regulates education and does not threaten the existence of the separate schools or interfere with their denominational character it is valid". [Emphasis in original.]

Le transfert des pouvoirs relatifs à la gestion et au contrôle consiste donc en la réglementation d'un aspect non confessionnel de l'enseignement, savoir, la langue de l'enseignement, une forme de réglementation que les tribunaux ont depuis longtemps déclarée valide [. . .] Je note que c'est aussi la conclusion tirée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Reference Re Education Act of Ontario* [(1984), 10 D.L.R. (4th) 491]. Cette cour a déclaré en effet que les provinces possèdent (TRADUCTION) «un plein pouvoir de réglementation», ajoutant à la p. 538 que (TRADUCTION) «pourvu que la mesure législative réglemente l'enseignement et ne menace pas l'existence des écoles séparées ni ne touche à leur caractère confessionnel, elle est valide». [Souligné dans l'original.]

163 In the latest pronouncement by this Court with respect to the scope of the protection afforded by s. 93(1), Gonthier J., writing for the Court in *Reference re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511, at pp. 539-40, states:

Dans le dernier arrêt que notre Cour a rendu sur l'étendue de la protection accordée par le par. 93(1), à savoir le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511, le juge Gonthier affirme, au nom de notre Cour, aux pp. 539 et 540:

Section 93 of the Constitution crystallizes the rights and privileges pertaining to denominational schools under the law in effect at the time of Confederation: it is in a sense a snapshot of the legislative situation in 1867.

L'article 93 de la Constitution cristallise les droits et privilèges relatifs aux écoles confessionnelles selon la loi en vigueur à la date de la Confédération; il prend en quelque sorte un cliché instantané de la situation législative en 1867.

As the rights and privileges protected by s. 93(1) of the Constitution are those with respect "to Denominational Schools", it is helpful in determining the scope of

Comme les droits et privilèges protégés par le par. 93(1) de la Constitution sont ceux relatifs «aux écoles confessionnelles», il est utile pour déterminer l'étendue

the constitutional protection to try to distinguish the content of denominational status beyond the definition of the denominational school itself.

6. Policy

Section 93, although it served to promote the union of the provinces, has also been a considerable impediment to reform designed to modernize the education system. Changes have been achieved only through long and costly litigation as the plethora of cases dealing with s. 93 attests. As a consequence, one province is nearing completion of the process of attempting to discard this costly yoke. The process, however, involves a long and expensive constitutional amendment. In light of the foregoing, in my view it would be a retrograde step to add to the costly restrictions on the power of provinces to legislate with respect to education. Inasmuch as it has not been suggested in the past that changes to the public school system may infringe s. 93, a decision to this effect would likely produce a flurry of litigation as many of the past changes to the public school system are challenged on the basis of their departure from the Confederation benchmark. Moreover, the distinction between protected rights and those which are subject to provincial legislation is less than crystal clear.

To conclude on this aspect of the appeal, I am of the view that the legislation which funds public schools but not religious-based independent schools is subject to *Charter* scrutiny. I now turn to consider whether the legislation violates the *Charter*.

7. The Charter — Freedom of Religion

It is evident that there is some overlap between the claims based on s. 2(a) and s. 15 of the *Charter*. Under both sections, the appellants argue that the non-funding of private religious schools imposes an unfair burden on them. In both contexts, the argument is made that the appellants suffer an economic disadvantage in relation to parents who send their children to secular public schools.

de la protection constitutionnelle d'essayer de distinguer le contenu de la confessionnalité au-delà de la définition de l'école confessionnelle elle-même.

6. La politique générale

Même s'il a favorisé l'union des provinces, l'art. 93 a aussi constitué un obstacle majeur à une réforme destinée à moderniser le système d'éducation. Des changements n'ont été réalisés qu'à la suite de litiges longs et coûteux comme en fait foi l'abondante jurisprudence relative à l'art. 93. C'est ainsi qu'une province est sur le point de compléter le processus de tentative de rompre ce joug onéreux. Cependant, ce processus comporte une modification constitutionnelle longue et coûteuse. Compte tenu de ce qui précède, il serait, à mon avis, rétrograde d'accroître les restrictions coûteuses imposées au pouvoir des provinces de légiférer en matière d'éducation. Dans la mesure où, dans le passé, on n'a pas laissé entendre que des changements au régime d'écoles publiques risquaient de contrevenir à l'art. 93, une décision en ce sens engendrerait probablement une avalanche de poursuites vu que bien des changements apportés autrefois au régime d'écoles publiques sont contestés en raison de leur dérogation à la situation qui existait au moment de la Confédération. De plus, la distinction entre les droits protégés et ceux qui sont assujettis à la loi provinciale est loin d'être parfaitement claire.

Pour conclure sur cet aspect du pourvoi, je suis d'avis que la loi qui prévoit le financement des écoles publiques mais non celui des écoles confessionnelles indépendantes peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Je vais maintenant examiner si la loi en cause viole la *Charte*.

7. La Charte — La liberté de religion

Il existe, de toute évidence, un chevauchement entre les revendications fondées sur l'al. 2a) et celles fondées sur l'art. 15 de la *Charte*. Les appelants invoquent ces deux dispositions pour faire valoir que le non-financement des écoles confessionnelles privées leur impose un fardeau inéquitable. Dans les deux contextes, l'argument avancé veut que les appelants soient économiquement désavan-

On the one hand, this economic burden is said to amount to an infringement of freedom of religion. On the other hand, this same burden is said to deny to the appellants the equal benefit of the law on grounds of religion, in breach of equality rights guaranteed under s. 15. During oral argument, it became increasingly difficult to identify whether a particular argument supported a claim under s. 2(a) or under s. 15.

tagés par rapport aux parents qui envoient leurs enfants à l'école laïque publique. D'une part, on affirme que ce fardeau économique constitue une violation de la liberté de religion. D'autre part, on dit que ce fardeau prive les appelants du même bénéfice de la loi pour des motifs de religion, contrairement aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15. Pendant les plaidoiries, il est devenu de plus en plus difficile de déterminer si un argument donné appuyait une revendication fondée sur l'al. 2a) ou une revendication fondée sur l'art. 15.

This overlap may flow from the manner in which this Court approached the question of religious freedom in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. There this Court held that a Sunday-closing law infringed s. 2(a) because it imposed an economic burden on, *inter alia*, Saturday observers but not on Sunday observers. The analysis compared the effect of the legislation on different religious groups and on non-observers. Yet the Court in *Edwards Books* explicitly did not consider the issue under s. 15 because that section was not in force at the time the appellants were charged with breaching the Sunday-closing legislation.

Ce chevauchement peut être dû à la façon dont notre Cour a abordé la question de la liberté de religion dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713. Dans cet arrêt, notre Cour a statué qu'une loi de fermeture le dimanche contrevenait à l'al. 2a) parce qu'elle imposait un fardeau économique à ceux qui observent le samedi notamment, mais non à ceux qui observent le dimanche. L'analyse comportait une comparaison entre l'incidence de la loi en cause sur différents groupes religieux et sur les gens qui n'observent aucun jour de repos hebdomadaire. Pourtant dans l'arrêt *Edwards Books*, notre Cour a explicitement refusé d'examiner la question sous l'angle de l'art. 15 parce que cette disposition n'était pas en vigueur à l'époque où les appelants ont été accusés d'avoir enfreint la loi de fermeture le dimanche.

The appellants submit that the current funding scheme violates their freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter* by mandating that children be educated but providing funding only to secular public schools and not to religious-based independent schools. Section 21 of the *Education Act* provides:

Les appelants soutiennent que le régime actuel de financement viole la liberté de religion que leur garantit l'al. 2a) de la *Charte*, parce qu'il oblige les enfants à fréquenter l'école, mais ne prévoit que le financement des écoles laïques publiques et non celui des écoles confessionnelles indépendantes. L'article 21 de la *Loi sur l'éducation* se lit ainsi notamment:

21. — (1) Unless excused under this section,

21 (1) À moins d'en être dispensé aux termes du présent article:

(a) every child who attains the age of six years... shall attend an elementary or secondary school on every school day... in that year until the child attains the age of sixteen years;

a) l'enfant qui a atteint six ans [...] fréquente l'école élémentaire ou secondaire tous les jours de classe à compter de ce jour et de cette année, jusqu'à l'âge de seize ans;

(2) A child is excused from attendance at school if,

(2) L'enfant est dispensé de fréquenter l'école dans l'un des cas suivants:

(a) the child is receiving satisfactory instruction at home or elsewhere;

At trial, Anderson J. (1992), 9 O.R. (3d) 676, found that the above section made school attendance mandatory. The Court of Appeal (1994), 19 O.R. (3d) 1, correctly reversed this finding, holding that on the grounds of the exemption in s. 21(2), the Act made education compulsory, not school attendance. In *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, we held that this type of scheme did not violate freedom of religion.

The precise issue in *Jones* was whether it was a violation of religious freedom to require someone to apply to the Alberta Department of Education to set up a private school or a home-teaching program for religious instruction. The appellant was challenging the fact that he was required to apply for an exemption from mandatory school attendance for the home schooling program he was providing for his children because to recognize the authority of the school board in such a way would offend his conscience and religious convictions. Wilson J., dissenting on another issue but with the support of the majority on this issue, said this requirement did not violate the appellant's s. 2(a) rights. At p. 312 she states:

In my view, the *School Act* does not offend religious freedom; it accommodates it. It envisages the education of pupils at public schools, private schools, at home or elsewhere. The legislation permits the existence of schools such as the appellant's which have a religious orientation. It is a flexible piece of legislation which seeks to ensure one thing — that all children receive an adequate education . . . There is no conflict between what the legislation requires and what the appellant feels it is his duty to provide. True, he wishes to provide more, specifically religious guidance, but the legislation does not prohibit that.

There is no disputing the fact that the appellants enjoy a fundamental constitutional right to send their children to the religious school of their choice. This Court has recently reiterated that parents have the right to educate their children in the

a) il reçoit un enseignement satisfaisant au foyer ou ailleurs;

Au procès, le juge Anderson (1992), 9 O.R. (3d) 676, a conclu que la disposition susmentionnée rendait obligatoire la fréquentation de l'école. La Cour d'appel (1994), 19 O.R. (3d) 1, a eu raison d'infirmer cette conclusion, statuant que, selon les motifs d'exemption visés au par. 21(2), la Loi rendait l'éducation obligatoire, mais pas la fréquentation de l'école. Dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, nous avons statué que ce type de régime ne violait pas la liberté de religion.

Dans *Jones*, il s'agissait précisément de savoir si c'était une violation de la liberté de religion que d'obliger quelqu'un à demander au ministère de l'Éducation de l'Alberta la permission d'établir une école privée ou un programme d'enseignement à la maison pour fins d'instruction religieuse. L'appelant contestait le fait qu'il devait demander une exemption de fréquentation obligatoire de l'école à l'égard du programme d'enseignement à la maison qu'il offrait à ses enfants, pour le motif que reconnaître au conseil scolaire une telle compétence irait à l'encontre de sa conscience et de ses convictions religieuses. Le juge Wilson, dissidente sur une autre question, mais jouissant de l'appui de la majorité sur ce point, a affirmé que cette exigence ne violait pas les droits garantis à l'appelant par l'al. 2a). Elle affirme, à la p. 312:

À mon avis, la *School Act* ne porte pas atteinte à la liberté religieuse; elle compose avec elle. Elle envisage l'éducation des élèves dans les écoles publiques, les écoles privées, à la maison ou ailleurs. La Loi autorise des écoles, comme celle de l'appelant, qui ont une orientation religieuse. C'est une législation souple qui n'a qu'un seul but — que tous les enfants reçoivent un enseignement adéquat. [. . .] Il n'y a pas conflit entre ce que requiert la Loi et ce que l'appelant estime de son devoir d'enseigner. Il désire, il est vrai, enseigner autre chose, plus précisément, une voie spirituelle, mais ce n'est pas interdit par la loi.

On ne conteste pas que les appelants jouissent d'un droit constitutionnel fondamental d'envoyer leurs enfants à l'école confessionnelle de leur choix. Notre Cour a récemment réitéré que les parents ont le droit d'éduquer leurs enfants dans la

religion of their choice. In *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, La Forest J., writing for the majority, made the following statement, at p. 382:

It seems to me that the right of parents to rear their children according to their religious beliefs, including that of choosing medical and other treatments, is an equally fundamental aspect of freedom of religion.

The appellants cannot, however, complain that the Ontario *Education Act* prevents them from exercising this aspect of their freedom of religion since it allows for the provision of education within a religious school or at home. The statute does not compel the appellants to act in any way that infringes their freedom of religion. Nothing in the *Education Act* relating to mandatory education *per se* involves a breach of the appellants' rights under s. 2(a) of the *Charter*.

172 I note that the appellants are not claiming that without the compulsory education provision of the *Education Act* they would choose not to send their children to school. On the contrary, the Elgersma appellants specifically state that they have a parental duty to provide their children with an education consistent with and supportive of their religious beliefs. Thus with or without s. 21 of the *Education Act*, the appellants would act in the same manner, thereby eliminating any potentially coercive aspect of the legislation.

173 In the alternative, the appellants argue that the province's failure to fund private religious schools imposes an unconstitutional burden on their freedom of religion. It is thus the effect of the *Education Act* that is the source of the infringement. Much reliance is placed on *Edwards Books*, *supra*, in which Dickson C.J. specified, at pp. 758-59, that s. 2(a) captures both indirect and direct coercion of religious beliefs.

In my opinion indirect coercion by the state is comprehended within the evils from which s. 2(a) may afford protection It matters not, I believe, whether a coercive burden is direct or indirect, intentional or unintentional, foreseeable or unforeseeable. All coercive bur-

religion de leur choix. Dans l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, le juge La Forest affirme, au nom de la majorité, à la p. 382:

Il me semble que le droit des parents d'éduquer leurs enfants suivant leurs croyances religieuses, dont celui de choisir les traitements médicaux et autres, est un aspect tout aussi fondamental de la liberté de religion.

Cependant, les appelants ne peuvent pas se plaindre que la *Loi sur l'éducation* de l'Ontario les empêche d'exercer cet aspect de leur liberté de religion puisqu'elle permet la prestation de l'enseignement dans une école confessionnelle ou à la maison. Cette loi ne force pas les appelants à agir d'une façon qui contrevient à leur liberté de religion. La *Loi sur l'éducation* ne renferme rien sur l'instruction obligatoire qui comporte, en soi, une violation des droits garantis aux appelants par l'al. 2a) de la *Charte*.

Je souligne que les appelants ne font pas valoir que, en l'absence de la disposition sur l'instruction obligatoire dans la *Loi sur l'éducation*, ils choisiraient de ne pas envoyer leurs enfants à l'école. Au contraire, les appelants du groupe Elgersma ont précisé qu'ils avaient une obligation parentale d'offrir à leurs enfants une éducation qui soit compatible avec leurs croyances religieuses et qui les appuie. Ainsi, avec ou sans l'art. 21 de la *Loi sur l'éducation*, les appelants agiraient de la même façon, ce qui a pour effet d'éliminer tout aspect potentiellement coercitif de la Loi.

Subsidiairement, les appelants soutiennent que le non-financement des écoles confessionnelles privées par la province grève leur liberté de religion d'une charge inconstitutionnelle. C'est donc l'effet de la *Loi sur l'éducation* qui est à l'origine de la violation. On invoque abondamment l'arrêt *Edwards Books*, précité, dans lequel le juge en chef Dickson précise, aux pp. 758 et 759, que l'al. 2a) vise à la fois la coercition indirecte et directe à l'égard des croyances religieuses:

À mon avis, la coercition indirecte par l'État fait partie des maux contre lesquels l'al. 2a) peut accorder une protection. [. . .] Je crois qu'il est sans importance que la coercition soit directe ou indirecte, délibérée ou involontaire, prévisible ou imprévisible. Toute entrave coer-

dens on the exercise of religious beliefs are potentially within the ambit of s. 2(a).

In *Edwards Books* the purpose of Ontario's *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, under challenge was to provide a common day of rest for retail workers, and therefore the purpose was not to coerce religious observance. However, this Court found that the effect of the Act imposed an economic burden on retailers whose sabbath was a day other than Sunday, relative to those retailers who observed a Sunday sabbath. In effect, the Act gave an advantage to Sunday sabbath observers by choosing their sabbath as a common day of rest, and burdened observers of a sabbath other than Sunday by forcing them to choose between closing their business an extra day or keeping their business open on their sabbath. Dickson C.J. explained this concept of relative burden at p. 765 as follows:

A careful comparison of the effects of Sunday closing legislation on different religious groups clearly demonstrates the manner in which the burden flows from the legislation. In the absence of legislative intervention, the Saturday observer and the Sunday observer would be on a roughly equal footing in competing for shares of the available consumer buying power. Both might operate for a maximum of six days each week. Both would be disadvantaged relative to non-observing retailers who would have the option of a seven day week. On this account, however, they would have no complaint cognizable in law since the disability would be one flowing exclusively from their religious tenets: I agree with Professor Petter [in "Not 'Never on a Sunday': *R. v. Video-flicks Ltd. et al.*" (1984-85), 49 *Sask. Law Rev.* 96] that the state is normally under no duty under s. 2(a) to take affirmative action to eliminate the natural costs of religious practices. But, exemptions aside, the *Retail Business Holidays Act* has the effect of leaving the Saturday observer at the same natural disadvantage relative to the non-observer and adding the new, purely statutory disadvantage of being closed an extra day relative to the Sunday observer. Just as the Act makes it less costly for Sunday observers to practise their religious beliefs, it thereby makes it more expensive for some Jewish and

citive à l'exercice de croyances religieuses relève potentiellement de l'al. 2a).

Dans l'arrêt *Edwards Books*, la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* de l'Ontario, L.R.O. 1980, ch. 453, qui était contestée, visait à offrir un jour commun de repos à tous les salariés du commerce de détail, et n'avait donc pas pour objet de contraindre à l'observance religieuse. Cependant, notre Cour a statué que la Loi avait pour effet d'imposer un fardeau économique aux détaillants dont le jour de sabbat était un autre jour que le dimanche, par rapport aux autres détaillants qui observaient le sabbat le dimanche. En fait, la Loi conférait un avantage aux personnes qui observaient le dimanche du fait qu'elle choisissait leur sabbat comme jour commun de repos, et imposait un fardeau aux personnes, dont le sabbat était un autre jour que le dimanche, en les forçant à choisir de fermer leur commerce un jour de plus ou de le garder ouvert le jour de leur sabbat. Voici comment le juge en chef Dickson explique ce concept du fardeau relatif, à la p. 765:

Une comparaison attentive des effets des lois de fermeture le dimanche sur différents groupes religieux démontre clairement comment ce fardeau découle de ces lois. En l'absence d'intervention législative, la personne qui observe le samedi et celle qui observe le dimanche seraient à peu près sur un pied d'égalité lorsqu'il s'agirait pour elles de se disputer une partie du pouvoir d'achat des consommateurs. Toutes deux pourraient ouvrir leurs commerces pendant tout au plus six jours par semaine. Toutes deux seraient désavantagées par rapport aux détaillants non pratiquants qui auraient la possibilité d'ouvrir leurs portes sept jours sur sept. À cet égard cependant, elles n'auraient pas de recours en droit puisque leur désavantage découlerait exclusivement de leurs principes religieux: je suis d'accord avec le professeur Petter [dans «Not 'Never on a Sunday': *R. v. Video-flicks Ltd. et al.*» (1984-85), 49 *Sask. Law Rev.* 96] pour dire que l'État n'a normalement aucune obligation en vertu de l'al. 2a) de prendre des mesures positives pour éliminer les coûts normaux des pratiques religieuses. Mais, toute exemption mise à part, la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* a pour effet de placer celui qui observe le samedi dans la même situation de désavantage normal par rapport au non-pratiquant, et d'ajouter le nouveau désavantage, purement légal, d'avoir à fermer un jour de plus par rapport à celui qui observe le dimanche. Tout comme elle rend moins coûteuse la pratique des croyances religieuses pour ceux qui

Seventh-day Adventist retailers to practise theirs. [Emphasis added.]

As I understand this passage, it is on the basis that the legislation had the effect of imposing different burdens on different religions *vis-à-vis* non-observers that a s. 2(a) infringement was found. See also *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525.

observent le dimanche, la Loi a en même temps pour effet de rendre cette pratique plus onéreuse pour certains détaillants juifs et adventistes du septième jour. [Je souligne.]

Si je comprends bien ce passage, c'est parce que la loi avait pour effet d'imposer des fardeaux différents aux divers pratiquants par rapport aux non-pratiquants que l'on a conclu à l'existence d'une violation de l'al. 2a). Voir aussi *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525.

174

In the case of funding under the *Education Act*, private religious schools receive no state funding whereas public non-religious schools receive funding. By analogy to the situation in *Edwards Books*, then, all parents whose religion requires them to send their children to a private religious school charging tuition would be equally disadvantaged relative to parents who have the option of sending their children to state-funded public schools. All of the diverse religious groups represented by the appellants, and the many interveners on this appeal, suffer the same economic cost associated with sending their children to private religious schools. While a distinction is made between these religious groups and the separate Roman Catholic schools, this distinction is constitutionally mandated and cannot be the subject of a *Charter* attack. The legislation is not the source of any distinction amongst all the groups whose exercise of their religious freedom involves an economic cost. This situation is distinguishable from *Edwards Books*, where one religious group was suffering an additional burden not imposed on other religious groups *vis-à-vis* non-observers. On this account, the appellants have no complaint cognizable in law since the disadvantage they must bear is one flowing exclusively from their religious tenets.

Dans le cas du financement en vertu de la *Loi sur l'éducation*, les écoles confessionnelles privées ne reçoivent pas de fonds publics alors que les écoles publiques non confessionnelles en reçoivent. Par analogie avec la situation dans l'affaire *Edwards Books*, tous les parents dont la religion les oblige à envoyer leurs enfants dans une école confessionnelle privée qui impose des frais de scolarité seraient alors également défavorisés par rapport aux parents qui ont le choix d'envoyer leurs enfants dans des écoles publiques financées par l'État. Tous les divers groupes religieux représentés par les appelants et les nombreux intervenants en l'espèce assumeront le même coût économique lié au fait d'envoyer leurs enfants dans des écoles confessionnelles privées. Bien que l'on établisse une distinction prescrite entre ces groupes religieux et les écoles catholiques romaines séparées, cette distinction est prescrite par la Constitution et ne peut faire l'objet d'une contestation fondée sur la *Charte*. La loi en cause n'est la source d'aucune distinction entre les groupes dont l'exercice de la liberté religieuse comporte un coût économique. Cette situation peut se distinguer d'avec celle qui existait dans l'affaire *Edwards Books*, où un groupe religieux subissait un fardeau additionnel non imposé à d'autres groupes religieux par rapport aux non-pratiquants. À ce propos, les appelants n'ont aucune plainte réglable par les voies de justice puisque le désavantage qu'ils doivent subir découle exclusivement de leurs principes religieux.

175

In addition, failure to act in order to facilitate the practice of religion cannot be considered state interference with freedom of religion. The fact that no funding is provided for private religious educa-

En outre, l'omission d'agir pour faciliter la pratique de la religion ne saurait être considérée comme une ingérence de l'État dans la liberté de religion. Le non-financement de l'enseignement

tion cannot be considered to infringe the appellants' freedom to educate their children in accordance with their religious beliefs where there is no restriction on religious schooling. As submitted by the intervener, the Canadian Civil Liberties Association, there are many spheres of government action which hold religious significance for religious believers. It does not follow that the government must pay for the religious dimensions of spheres in which it takes a role. If this flowed from s. 2(a), then religious marriages, religious corporations, and other religious community institutions such as churches and hospitals would all have a *Charter* claim to public funding. The same could also be said of the existing judicial system which is necessarily secular. The appellants' argument would lead to an obligation by the state to fund parallel religious justice systems founded on canon law or Talmudic law, for example. These are clearly untenable suggestions.

In conclusion, for the reasons given above, I am of the view that the failure to fund cannot constitute state interference with freedom of religion equivalent to a violation of s. 2(a) of the *Charter*. Moreover, the cost of sending their children to private religious schools is a natural cost of the appellants' religion and does not, therefore, constitute an infringement of their freedom of religion protected by s. 2(a) of the *Charter*.

8. Section 15: Equality Rights

The appellants' basic claim under this heading is that the funding of public schools denies them an equal benefit under the law on the basis of their religion, which constitutes a breach of s. 15 of the *Charter*. The methodology for considering a s. 15 claim was originally set out by this Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, and *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296. The two-step approach formulated therein was most recently re-stated by McLachlin J. in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, and by

religieux privé ne saurait être considéré comme une atteinte à la liberté des appelants d'éduquer leurs enfants en conformité avec leurs croyances religieuses lorsqu'il n'existe pas de restriction à l'enseignement religieux. Comme l'a soutenu l'intervenante, l'Association canadienne des libertés civiles, de nombreuses sphères d'action gouvernementale revêtent une importance religieuse pour les croyants. Il ne s'ensuit pas que le gouvernement doit payer pour les aspects religieux des sphères dans lesquels il joue un rôle. Si c'était là une conséquence de l'al. 2a), alors les couples mariés religieusement, les corporations religieuses et les autres établissements communautaires religieux, comme les églises et les hôpitaux, pourraient tous réclamer des fonds publics en vertu de la *Charte*. On pourrait en dire autant du système judiciaire actuel qui est nécessairement laïque. L'argument des appelants mènerait à une obligation de l'État de financer des systèmes de justice religieuse parallèles fondés sur le droit canon ou le talmud, par exemple. Ces arguments ne sont évidemment pas soutenables.

En conclusion, pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis que l'omission de financer ne saurait constituer une ingérence de l'État dans la liberté de religion équivalant à une violation de l'al. 2a) de la *Charte*. De plus, ce qu'il en coûte aux appelants pour envoyer leurs enfants dans des écoles confessionnelles privées est un coût qui découle naturellement de leur religion et qui ne saurait donc constituer une atteinte à la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte*.

8. L'article 15: Les droits à l'égalité

Sous cette rubrique, les appelants font essentiellement valoir que le financement des écoles publiques les prive du même bénéfice de la loi en raison de leur religion, ce qui constitue une violation de l'art. 15 de la *Charte*. La méthode d'analyse d'une revendication fondée sur l'art. 15 a été exposée initialement par notre Cour dans les arrêts *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, et *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296. Cette analyse en deux étapes a récemment été reprise par le juge McLachlin dans

Cory and Iacobucci JJ. in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at p. 584 (paras. 130-31):

The first step is to determine whether, due to a distinction created by the questioned law, a claimant's right to equality before the law, equality under the law, equal protection of the law or equal benefit of the law has been denied. During this first step, the inquiry should focus upon whether the challenged law has drawn a distinction between the claimant and others, based on personal characteristics.

Not every distinction created by legislation gives rise to discrimination. Therefore, the second step must be to determine whether the distinction created by the law results in discrimination. In order to make this determination, it is necessary to consider first, whether the equality right was denied on the basis of a personal characteristic which is either enumerated in s. 15(1) or which is analogous to those enumerated, and second, whether that distinction has the effect on the claimant of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to benefits or advantages which are available to others.

178 The application of this methodology to the facts of this appeal returns us to the issues canvassed in the course of the analysis of the s. 2(a) issue. This reinforces the fact that the claim under s. 2(a) and under s. 15 are narrowly inter-related in this case because of the comparative aspect of the questions involved. As a result, it should not be surprising that the conclusion arrived at under the s. 2(a) analysis will be reflected in the answer given to the s. 15 argument.

9. Denial of Equal Benefit of the Law: Does the Act Create a Distinction?

179 In this case, the appellants claim that they are denied a benefit under the law because the schools to which they send their children do not receive funding otherwise available to public schools. The respondent replies that the only reason why the appellants' schools do not receive funding is because they are private schools. Obviously this distinction is not one based on personal characteristics of an individual or group. Thus while the *Education Act* does create a distinction between

l'arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, et par les juges Cory et Iacobucci dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, à la p. 584 (par. 130 et 131):

La première consiste à déterminer si, en raison de la distinction créée par la disposition contestée, il y a eu violation du droit d'un plaignant à l'égalité devant la loi, à l'égalité dans la loi, à la même protection de la loi et au même bénéfice de la loi. À cette étape de l'analyse, il s'agit principalement de vérifier si la disposition contestée engendre, entre le plaignant et d'autres personnes, une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles.

Les distinctions créées par les lois n'emportent pas toute discrimination. C'est pourquoi il faut, à la seconde étape, déterminer si la distinction ainsi créée donne lieu à une discrimination. À cette fin, il faut se demander, d'une part, si le droit à l'égalité a été enfreint sur le fondement d'une caractéristique personnelle qui est soit énumérée au par. 15(1), soit analogue à celles qui y sont énumérées et, d'autre part, si la distinction a pour effet d'imposer au plaignant des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres.

L'application de cette méthode aux faits du présent pourvoi nous ramène aux questions examinées lors de l'analyse de la question de l'al. 2a). Elle renforce le fait que la revendication fondée sur l'al. 2a) et celle fondée sur l'art. 15 sont étroitement reliées en l'espèce en raison du caractère comparable des questions en cause. Il ne faudrait donc pas s'étonner que la conclusion à laquelle a abouti l'analyse de l'al. 2a) se reflète dans la réponse à l'argument fondé sur l'art. 15.

9. Négation du même bénéfice de la loi: La Loi crée-t-elle une distinction?

En l'espèce, les appelants soutiennent qu'ils sont privés d'un bénéfice en vertu de la loi parce que les écoles où ils envoient leurs enfants ne reçoivent pas de fonds qui sont, par ailleurs, accordés aux écoles publiques. L'intimé répond que le seul motif de ce non-financement est que les écoles en cause sont des écoles privées. De toute évidence, cette distinction n'est pas fondée sur des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe. Ainsi, bien que la *Loi sur l'éducation* éta-

public and private schools with respect to funding, it is not, on its face, a distinction that meets the threshold stage of the s. 15 inquiry.

It remains to be determined whether the *Education Act* gives rise indirectly to a distinction based on personal characteristics. Adverse effect discrimination has long been recognized by this Court as a type of discrimination that is prohibited under the *Charter*. See *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536. This concept was recently reformulated as follows in *Egan, supra*, at para. 138: "Adverse effect discrimination occurs when a law . . . is facially neutral but has a disproportionate impact on a group because of a particular characteristic of that group."

Here the Act does not appear to distinguish between the appellants and other groups on the basis of a particular characteristic common to the appellants. However, it is clear that their claim is dependent on such a finding. In my view, such an argument cannot be sustained. While it is true that the appellants feel compelled to send their children to private school because of a personal characteristic, namely their religion, and therefore are unable to benefit from publicly-funded schooling, I fail to see how this is an effect arising from the statute. The reason why the public school system is not acceptable to the appellants lies in its secular nature. This secular nature is itself mandated by s. 2(a) of the *Charter* as held by several courts in this country.

In *Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director)*, *supra*, the Ontario Court of Appeal wrestled with the issue of religious exercises in public schools. A regulation under the *Education Act* made opening religious exercises compulsory in public schools, though allowing for exemptions of students whose parents objected. After an exhaustive review of the role of religion in Ontario schools and of the case law on freedom of religion, a majority of the Court concluded, at pp. 654 and

blisse effectivement une distinction entre les écoles publiques et les écoles privées quant au financement, il ne s'agit pas, à première vue, d'une distinction qui satisfait à l'étape préliminaire de l'examen fondé sur l'art. 15.

Il reste à déterminer si la *Loi sur l'éducation* engendre indirectement une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. Notre Cour reconnaît depuis longtemps la discrimination par suite d'un effet préjudiciable comme un type de discrimination prohibé par la *Charte*. Voir *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536. Ce concept a récemment été reformulé ainsi dans l'arrêt *Egan*, précité, au par. 138: «La discrimination par suite d'un effet préjudiciable existe lorsque la loi [. . .], apparemment neutre, produit toutefois un résultat disproportionné à l'endroit d'un groupe en raison d'une caractéristique qui lui est propre.»

En l'espèce, la Loi ne paraît pas établir, entre les appelants et d'autres groupes, une distinction fondée sur une caractéristique particulière commune aux appelants. Cependant, il est clair que leur revendication repose sur une telle conclusion. À mon avis, un tel argument ne saurait être retenu. Même s'il est vrai que les appelants se sentent obligés d'envoyer leurs enfants à l'école privée en raison d'une caractéristique personnelle, savoir leur religion, et qu'ils sont, de ce fait, incapables de bénéficier de l'enseignement financé par l'État, je ne vois pas en quoi cela est un effet découlant de la Loi. C'est en raison de son caractère laïque que le régime d'écoles publiques est inacceptable pour les appelants. Ce caractère laïque est lui-même prescrit par l'al. 2a) de la *Charte*, comme l'ont statué plusieurs tribunaux au Canada.

Dans l'arrêt *Zylberberg c. Sudbury Board of Education (Director)*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario avait à trancher la question de la pratique religieuse dans les écoles publiques. Un règlement pris en vertu de la *Loi sur l'éducation* rendait obligatoire la prière du matin dans les écoles publiques, mais prévoyait des exemptions pour les élèves dont les parents étaient opposés à cela. Après avoir effectué un examen approfondi du rôle de la religion dans les écoles ontariennes et de la

656, that school prayer infringed upon freedom of religion and was not mitigated by a right to an exemption:

On its face, [the regulation] infringes the freedom of conscience and religion guaranteed by s. 2(a) of the Charter The recitation of the Lord's Prayer, which is a Christian prayer, and the reading of Scriptures from the Christian Bible impose Christian observances upon non-Christian pupils and religious observances on non-believers.

[T]he right to be excused from class, or to be exempted from participating, does not overcome the infringement of the Charter freedom of conscience and religion by the mandated religious exercises. On the contrary, the exemption provision imposes a penalty on pupils from religious minorities who utilize it by stigmatizing them as non-conformists and setting them apart from their fellow students who are members of the dominant religion.

A similar conclusion was reached in British Columbia in the case of *Russow v. British Columbia (Attorney General)* (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 29 (S.C.). In both cases, the challenges had been brought by parents who opposed the practice of Christian exercises in public schools.

A subsequent challenge to religious education in Ontario public schools was also successful. In the *Elgin County* case, *supra*, the Ontario Court of Appeal once again declared that a regulation under the *Education Act* making periods of religious education a compulsory part of the public school curriculum was inconsistent with freedom of religion under s. 2(a). Moreover, it held that the actual curriculum of religious studies prescribed by the Elgin County Board of Education, and permitted under the *Education Act*, denied freedom of religion because it amounted to indoctrination in the Christian faith. In so doing, the majority of the Court held, at pp. 360-61, that:

The purpose of the regulation, as recognized by both the Hope Commission and the Mackay Committee, was Christian indoctrination.

jurisprudence sur la liberté de religion, la cour à la majorité conclut, aux pp. 654 et 656, que la prière à l'école contrevenait à la liberté de religion, nonobstant l'existence d'un droit à une exemption:

[TRADUCTION] À première vue, [le règlement] contrevient à la liberté de conscience et de religion garantie par l'al. 2a) de la Charte. [. . .] La récitation du Notre Père, prière chrétienne, et la lecture des Saintes Écritures dans la bible chrétienne imposent des pratiques chrétiennes aux élèves non chrétiens ainsi que des rites religieux à des non-croyants.

[L]e droit de ne pas se trouver dans la salle de classe ou d'être exempté de participer n'écarter pas le fait que les pratiques religieuses imposées constituent une violation de la liberté de conscience et de religion garantie par la Charte. Au contraire, la disposition qui prévoit une exemption pénalise les élèves des minorités religieuses qui s'en prévalent en les stigmatisant comme non-conformistes et en les situant à part de leurs congénères dont la religion est dominante.

Une conclusion semblable a été tirée en Colombie-Britannique dans l'affaire *Russow c. British Columbia (Attorney General)* (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 29 (C.S.). Dans ces deux cas, les contestations émanaient de parents qui s'opposaient à l'exercice de rites chrétiens dans les écoles publiques.

Une contestation subséquente de l'enseignement religieux dans les écoles publiques de l'Ontario a également été couronnée de succès. Dans l'arrêt *Elgin County*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a, de nouveau, affirmé qu'un règlement pris en vertu de la *Loi sur l'éducation*, qui prescrivait l'inclusion de périodes d'enseignement religieux dans le programme d'études des écoles publiques, était incompatible avec la liberté de religion garantie à l'al. 2a). De plus, la cour a statué qu'en réalité le programme d'enseignement religieux imposé par le conseil scolaire du comté d'Elgin, et autorisé en vertu de la *Loi sur l'éducation*, niait la liberté de religion parce qu'il revenait à inculquer la foi chrétienne. Ce faisant, la cour à la majorité statue, aux pp. 360 et 361, que:

[TRADUCTION] L'objet du règlement, comme le reconnaissent la commission Hope et le comité MacKay, est d'inculquer la foi chrétienne.

And, at p. 363, the majority concluded that state-authorized religious indoctrination violates s. 2(a) because it “amounts to the imposition of majoritarian religious beliefs on minorities”. Because the Court arrived at these conclusions on the s. 2(a) claim, it did not express an opinion on the s. 15(1) arguments presented by the appellants in that case.

More recently, in *Bal v. Ontario (Attorney General)* (1994), 21 O.R. (3d) 681 (Gen. Div.), these same issues were considered from a different perspective. As a result of the decisions in the *Zylberberg* and *Elgin County* cases, the Ontario Ministry of Education issued Policy Memorandum 112 entitled “Education about Religion in the Public Elementary and Secondary Schools”. According to the memorandum, religious education in public schools is to be non-indoctrinational and not give primacy to any religious faith. Regulations were later amended to reflect this new policy.

Prior to the change in regulations, certain school boards allowed the operation of religious public schools alongside secular public schools. The parents in the *Bal* appeal either sent their children to existing religious schools or wished to set new ones up. They argued that the new regulations, which essentially prohibited these schools within the public system, infringed their rights under ss. 2 and 15 of the *Charter*. Considering himself bound by the Ontario Court of Appeal’s decisions in the *Zylberberg* and the *Elgin County* cases, *supra*, and *Adler v. Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 1, Winkler J. rejected the appellants’ claims. In his view, the *Elgin County* decision “signif[ies] the end of an era of majoritarian Christian influence, and mark[s] the beginning of a period of secularism in education, based on an awareness of a changing societal fabric and *Charter* protection for minority rights to freedom of religion”. See *Bal*, *supra*, at p. 684.

Puis, à la p. 363, la cour à la majorité conclut que l’endoctrinement religieux autorisé par l’État viole l’al. 2a) parce qu’il [TRADUCTION] «revient à imposer à des minorités les croyances religieuses de la majorité». Vu qu’elle a tiré ces conclusions relativement à la revendication fondée sur l’al. 2a), la cour ne s’est pas prononcée sur les arguments fondés sur l’art. 15, que les appelants avaient avancés dans cette affaire.

Plus récemment, dans *Bal c. Ontario (Attorney General)* (1994), 21 O.R. (3d) 681 (Div. gén.), ces mêmes questions ont été examinées sous un angle différent. À la suite des arrêts *Zylberberg* et *Elgin County*, le ministère de l’Éducation de l’Ontario a publié la note d’orientation 112 intitulée «Education about Religion in the Public Elementary and Secondary Schools». Selon cette note, l’enseignement religieux dans les écoles publiques ne doit pas viser l’endoctrinement et ne doit pas accorder la primauté à une foi particulière. Les règlements ont, par la suite, été modifiés de manière à refléter cette nouvelle politique.

Avant la modification des règlements, certains conseils scolaires autorisaient l’existence d’écoles confessionnelles publiques parallèlement aux écoles laïques publiques. Dans l’affaire *Bal*, il s’agissait de parents qui envoyaient leurs enfants à des écoles confessionnelles existantes ou qui désiraient en établir de nouvelles. Ils soutenaient que les nouveaux règlements, qui, essentiellement, interdisaient l’existence de ces écoles à l’intérieur du système public, portaient atteinte aux droits qui leur étaient garantis en vertu des art. 2 et 15 de la *Charte*. S’estimant lié par les arrêts *Zylberberg* et *Elgin County*, précités, de même que par l’arrêt *Adler c. Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 1, le juge Winkler a rejeté les revendications des appelants. À son avis, l’arrêt *Elgin County* [TRADUCTION] «signifi[e] la fin d’une ère d’influence de la majorité chrétienne et marqu[e] le début d’une période de laïcité en matière d’éducation, qui repose sur une conscience de l’évolution du tissu social et de la protection que la *Charte* offre au droit des minorités à la liberté de religion». Voir *Bal*, précité, à la p. 684.

186 It follows that if the distinctions relied on by the appellants do not arise as a result of the legislation, no governmental action is involved to which s. 15 can attach. In this regard, I adopt the following statement from the reasons of Dubin C.J. in *Adler*, at p. 18:

In this case, in my opinion, there was no government action that compelled the appellants to send their children to private, religious-based independent schools. They were free to send their children to secular public schools maintained at public expense. Their decision not to do so was solely a response to their religious beliefs and not a result of any government action.

187 I therefore conclude that the appellants have not succeeded in demonstrating that the *Education Act* draws a distinction, either directly or indirectly, between the appellants and others, based on personal characteristics. The fact the appellants belong to a group that is unable to take advantage of the public school system does not result from the *Education Act* itself. It results from the combination of the appellants' religious beliefs and the imperatives of the *Charter* as they apply to the exercise of the province's plenary power over education. As a result, the threshold stage of a s. 15 inquiry is not met and there is no distinction to consider in the second stage, namely as to whether discrimination results from such a distinction.

188 Even if the appellants had succeeded in showing that the legislation created a distinction, I do not believe they would have succeeded in demonstrating that this distinction amounts to discrimination on the basis of religion. As observed by the Court of Appeal, the only ground of distinction in this case is between "public" institutions, which are funded by the government, and "private/independent" institutions, which do not receive funding from the government. No private schools receive funding whether they are religious or secular. No religion is given preferential treatment within the system. The distinction between "private" and "public" institutions is neither an

Il s'ensuit que si les distinctions invoquées par les appelants ne résultent pas de la loi en cause, il n'existe aucune mesure gouvernementale à laquelle peut s'appliquer l'art. 15. À cet égard, j'adopte l'extrait suivant des motifs du juge Dubin, juge en chef de l'Ontario, dans l'arrêt *Adler*, à la p. 18:

[TRADUCTION] En l'espèce, j'estime qu'aucune mesure gouvernementale n'obligeait les appelants à envoyer leurs enfants à l'école confessionnelle indépendante privée. Il leur était loisible de les envoyer à l'école laïque publique, financée par l'État. S'ils ne l'ont pas fait, c'est seulement en raison de leurs croyances religieuses et non à cause d'une mesure gouvernementale.

Je conclus donc que les appelants n'ont pas réussi à démontrer que la *Loi sur l'éducation* établit directement ou indirectement, entre les appelants et d'autres personnes, une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. Le fait que les appelants appartiennent à un groupe qui n'est pas en mesure de tirer avantage du régime d'écoles publiques ne résulte pas de la *Loi sur l'éducation* elle-même. Il résulte de la combinaison des croyances religieuses des appelants et des impératifs de la *Charte* qui s'appliquent à l'exercice du pouvoir absolu de la province en matière d'éducation. En conséquence, l'étape préliminaire d'un examen fondé sur l'art. 15 n'est pas respectée et il n'y a pas de distinction à examiner à la deuxième étape, à savoir si une discrimination résulte d'une telle distinction.

Même si les appelants avaient réussi à démontrer que la loi en cause créait une distinction, je ne crois pas qu'ils auraient réussi à démontrer que cette distinction constitue de la discrimination fondée sur la religion. Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel, la seule distinction qui est établie, en l'espèce, est entre les établissements «publics» financés par le gouvernement, et les établissements «privés-indépendants» qui ne le sont pas. Aucune école privée ne bénéficie d'un financement qu'elle soit confessionnelle ou laïque. Aucune religion ne jouit d'un traitement préférentiel à l'intérieur du système. La distinction entre les établissements «publics» et «privés» ne constitue ni un motif

enumerated nor an analogous ground in s. 15 of the *Charter*.

Accordingly, I would reject the appellants' claim based on s. 15 of the *Charter*. Because I have found no violation of either ss. 2(a) or 15 of the *Charter*, it is unnecessary for me to embark upon a s. 1 analysis.

10. School Health Support Services

With regard to the question of School Health Support Services, I am in agreement with Iacobucci J. that these services are properly characterized as "education services" as opposed to strict "health services". However, given my disagreement with him on the constitutional status of the public education system in Ontario, I am unable to subscribe to his reasons for dismissing the appellants' claim on this point.

Nevertheless, it is my view that this claim must also fail. Indeed, if the appellants have no basis for claiming a right to public funding for the education provided in private schools, they have no claim for additional "educational services" available only within the public school system. There is no reason to distinguish funding for this aspect from other aspects of funding for educational purposes. In addition, I must respectfully disagree with the conclusion of Weiler J.A. that funding for these services was funding for a non-denominational purpose and that the guarantees in s. 93(1) and (3) of the *Constitution Act, 1867*, did not apply to insulate the funding of separate schools from review under s. 15 of the *Charter*. The holding in the *Reference Re Bill 30* decision applies to all aspects of funding of separate schools for educational purposes. The right guaranteed by s. 93(1) in this regard was the right to funding proportionate to that extended to public schools. I, therefore, agree with the majority of the Court of Appeal on this issue.

énuméré ni un motif analogue aux fins de l'art. 15 de la *Charte*.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter la revendication des appelants fondée sur l'art. 15 de la *Charte*. Puisque j'ai conclu qu'il n'y a eu violation ni de l'al. 2a) ni de l'art. 15 de la *Charte*, je n'ai pas à procéder à une analyse fondée sur l'article premier.

10. Services de santé pour enfants d'âge scolaire

En ce qui concerne la question des services de santé pour enfants d'âge scolaire, je suis d'accord avec le juge Iacobucci pour affirmer que ces services constituent davantage des «services d'enseignement» que des «services de santé» au sens strict. Cependant, vu que je ne suis pas d'accord avec lui sur le statut constitutionnel du régime d'enseignement public en Ontario, je ne puis souscrire aux motifs qu'il expose pour rejeter la revendication des appelants sur ce point.

Néanmoins, je suis d'avis que la présente revendication doit elle aussi échouer. En fait, si les appelants ne sont pas justifiés de revendiquer un droit au financement public de l'enseignement offert dans des écoles privées, ils ne peuvent réclamer d'autres «services d'enseignement» qui ne sont offerts qu'à l'intérieur du régime d'écoles publiques. Il n'y a aucune raison de distinguer le financement de cet aspect d'avec les autres formes de financement à des fins éducatives. En outre, je dois, en toute déférence, exprimer mon désaccord avec la conclusion du juge Weiler que le financement de ces services était un financement à des fins non confessionnelles et que les garanties contenues aux par. 93(1) et (3) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne s'appliquaient pas pour mettre le financement des écoles séparées à l'abri d'un examen fondé sur l'art. 15 de la *Charte*. La conclusion du *Renvoi relatif au projet de loi 30* s'applique à tous les aspects du financement des écoles séparées à des fins éducatives. Le droit garanti, à cet égard, par le par. 93(1) est celui de recevoir des fonds proportionnels à ceux accordés aux écoles publiques. Je suis donc d'accord avec la Cour d'appel à la majorité sur cette question.

189

1996 CanLII 148 (SCC)

190

191

11. Conclusion

192 I would dismiss the appeal and answer the stated constitutional questions in the same manner as Iacobucci J., but for the reasons stated above.

The following are the reasons of

193 MCLACHLIN J. (dissenting in part) — The Ontario government provides funding for secular and Roman Catholic schools in the province. Many people, often for religious reasons, choose not to educate their children in either the secular or the Roman Catholic system. They see no alternative but to establish and send their children to private schools. The province contributes nothing to the funding of these schools. The issue on this appeal is whether this violates the guarantees of freedom of religion and equality of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I agree with Justice Iacobucci and Justice Sopinka that the lack of support to private schools violates neither guarantee, although for different reasons. On the subsidiary issue of whether the province's refusal to fund health services to children in private religious schools violates their constitutional right to equal treatment, I would respectfully dissent and allow the appeal.

A. Denial of Funding to Independent Religious Schools

1. *Is Section 93 of the Constitution Act, 1867 an Answer to the Appellants' Charter Claim?*

194 Before considering the *Charter* issues, it is necessary to determine whether s. 93 of the *Constitution Act, 1867* constitutes a code which ousts the operation of the *Charter*. I agree with Sopinka J. that it does not. Section 93 requires Ontario to fund schools for the Roman Catholic minority in Ontario and requires Quebec to fund schools for the Protestant minority in Quebec. Neither its language nor its purpose suggests that it was intended

11. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la même façon que le juge Iacobucci.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente en partie) — Le gouvernement de l'Ontario finance les écoles laïques et catholiques romaines de la province. De nombreuses personnes, souvent pour des motifs religieux, choisissent de ne pas faire instruire leurs enfants à l'intérieur du régime laïque ou catholique romain. Elles estiment n'avoir d'autre choix que d'établir des écoles privées et d'y envoyer leurs enfants. La province ne contribue pas au financement de ces écoles. La question soulevée en l'espèce est de savoir si cela viole la liberté de religion et les droits à l'égalité garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Quoique ce soit pour des motifs différents, je suis d'accord avec les juges Iacobucci et Sopinka pour dire que l'omission de soutenir les écoles privées ne viole ni l'une ni l'autre de ces garanties. En ce qui concerne la question subsidiaire de savoir si le refus par la province de financer les services de santé pour enfants dans les écoles confessionnelles privées viole leur droit constitutionnel à un traitement égal, je tiens, en toute déférence, à exprimer ma dissidence et j'accueillerais le pourvoi.

A. Le refus de financer les écoles confessionnelles indépendantes

1. *L'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 constitue-t-il une réponse à la revendication des appelants fondée sur la Charte?*

Avant d'examiner les questions relatives à la *Charte*, il est nécessaire de déterminer si l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* établit un code qui écarte l'application de la *Charte*. Je suis d'accord avec le juge Sopinka pour dire que ce n'est pas le cas. L'article 93 exige de la province d'Ontario qu'elle finance les écoles de la minorité catholique romaine en Ontario, et de la province de Québec, qu'elle finance celles de la minorité pro-

to do more than guarantee school support for the Roman Catholic or Protestant minorities in the two provinces respectively. Provinces exercising their plenary powers to provide education services must, subject to this restriction, comply with the *Charter*.

2. *Does the Failure to Fund Minority Religious Schools Constitute a Limit on the Guarantee of Freedom of Religion?*

The appellants advance two submissions under this head. The first is that the requirement of compulsory education infringes their freedom of religion. The second is that the failure to fund the minority religious schools imposes a burden on them not borne by persons of other religions or no religion, thereby infringing their freedom of religion.

The first submission is easily resolved. If the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, required all children to go to either secular or Roman Catholic schools, it would impinge on the religious freedom of those whose beliefs require non-Roman Catholic religious education. The *Education Act* does not do this. Section 21 excuses children from school attendance if they are receiving satisfactory instruction elsewhere. Parents whose beliefs do not permit them to educate their children in the secular or Roman Catholic school systems are free to educate their children in other schools or at home. The requirement of mandatory education therefore does not conflict with the constitutional right of parents to educate their children as their religion dictates. To quote Dubin C.J. (1994), 19 O.R. (3d) 1, at p. 14, "there is no conflict between s. 21 of the Act and the appellants' religious freedom".

The second submission poses greater difficulty. The argument rests on the proposition that the

testante au Québec. Ni les termes ni l'objet de cet article ne laissent entendre qu'il visait à faire plus que garantir un appui aux écoles autres que celles des minorités catholiques romaines ou protestantes dans chacune des deux provinces respectivement. Les provinces qui exercent leur pouvoir absolu de fournir des services d'enseignement doivent, sous réserve de cette restriction, se conformer à la *Charte*.

2. *L'omission de financer les écoles confessionnelles des minorités constitue-t-elle une limite à la garantie de liberté de religion?*

Les appelants avancent deux arguments relativement à cette question. Premièrement, ils soutiennent que l'exigence d'éducation obligatoire viole leur liberté de religion. Deuxièmement, ils font valoir que l'omission de financer les écoles confessionnelles des minorités leur impose un fardeau que n'ont pas à assumer les personnes de religion différente ou les non-pratiquants, ce qui viole leur liberté de religion.

Le premier argument est facile à résoudre. Si la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, exigeait que tous les enfants fréquentent soit une école laïque soit une école catholique romaine, elle porterait atteinte à la liberté de religion des personnes dont les croyances requièrent un enseignement confessionnel non catholique romain. Ce n'est pas ce que fait la *Loi sur l'éducation*. L'article 21 dispense de fréquenter l'école les enfants qui reçoivent un enseignement satisfaisant ailleurs. Les parents dont les croyances ne leur permettent pas de faire instruire leurs enfants à l'intérieur du régime d'écoles laïques ou catholiques romaines sont libres de les envoyer à d'autres écoles ou de les instruire au foyer. En conséquence, l'exigence d'éducation obligatoire n'est pas incompatible avec le droit constitutionnel des parents de faire instruire leurs enfants conformément aux préceptes de leur religion. Pour citer le juge en chef Dubin (1994), 19 O.R. (3d) 1, à la p. 14, [TRADUCTION] «il n'y a pas d'incompatibilité entre l'art. 21 de la Loi et la liberté religieuse des appelants».

Le deuxième argument soulève une plus grande difficulté. Cet argument repose sur l'idée que l'im-

imposition of burdens on some religious minorities which people of other religions do not bear constitutes an infringement of freedom of religion. This Court's decisions in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, and *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, contain statements that appear to support this proposition. In *Edwards Books*, Dickson C.J., quoting from *Big M Drug Mart* (pp. 336-37) stated at p. 758:

One of the major purposes of the *Charter* is to protect, within reason, from compulsion or restraint. Coercion includes not only such blatant forms of compulsion as direct commands to act or refrain from acting on pain of sanction, coercion includes indirect forms of control which determine or limit alternative courses of conduct available to others. Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. [Emphasis added by Dickson C.J. in *Edwards Books*.]

Dickson C.J. went on to note that a provision which increases the cost or burden of practising one's religion may violate that person's freedom of religion. He also expressly rejected the argument that the burden resulted not from state action, i.e., the legislation, but from the religious belief. At the same time, however, he was careful to indicate that not every burden or cost borne by a religious minority because of its beliefs will constitute an infringement of freedom of religion. For example, if the cost were trivial or insubstantial, it would not constitute an infringement.

position à certaines minorités religieuses d'un fardeau non imposé à des personnes de religion différente constitue une atteinte à leur liberté de religion. Les arrêts de notre Cour *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, et *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, renferment des énoncés qui paraissent appuyer cette idée. Dans *Edwards Books*, le juge en chef Dickson, citant un extrait de l'arrêt *Big M Drug Mart* (pp. 336 et 337), affirme, à la p. 758:

L'un des objectifs importants de la *Charte* est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. [Souligné par le juge en chef Dickson dans *Edwards Books*.]

Le juge en chef Dickson a ensuite fait remarquer qu'une disposition qui accroît le coût ou le fardeau assumé par une personne qui pratique une religion risque de porter atteinte à sa liberté de religion. Il a aussi explicitement rejeté l'argument selon lequel le fardeau résultait non pas d'une mesure de l'État, c'est-à-dire le texte législatif en cause, mais plutôt de la croyance religieuse. En même temps, le juge en chef Dickson a toutefois pris soin d'indiquer que ce n'est pas tout fardeau ou coût assumé par une minorité religieuse, en raison de ses croyances, qui constitue une atteinte à la liberté de religion. Par exemple, si le coût imposé était négligeable ou insignifiant, il ne constituerait pas une atteinte.

The burden complained of in this case is not one which constitutes an infringement of freedom of religion, in my view. The burden at issue in *Big M Drug Mart* and *Edwards Books* was a state prohibition on business operations which presented religious minorities with the option of either violating their religious tenets by operating on religious holidays or suffering the financial loss which would flow from closing their businesses on both their own religious holidays and the majoritarian holidays. Special burdens placed on religious minorities in the operation of their businesses have a venerable

À mon avis, le fardeau dont on se plaint en l'espèce ne constitue pas une atteinte à la liberté de religion. Dans les affaires *Big M Drug Mart* et *Edwards Books*, le fardeau en cause était une interdiction d'exploiter les commerces imposée par l'État, qui laissait aux minorités religieuses le choix soit de contrevenir à leurs préceptes religieux en gardant leurs commerces ouverts un jour de fête religieuse, soit de subir une perte financière découlant de la fermeture de leurs commerces à la fois pendant leurs propres jours de fête religieuse et pendant les jours de fête de la majorité. Les far-

and infamous status in the annals of religious persecution. What was at stake in *Big M Drug Mart* and *Edwards Books* was nothing less than a state prohibition that put members of minority religions at a disadvantage in gaining their livelihood. This Court, looking at the history and context of such measures, concluded that they might indeed constitute an infringement of freedom of religion.

The burden at issue in the case at bar differs from that at issue in *Big M Drug Mart* and *Edwards Books* in two ways. First, it does not involve a state prohibition on otherwise lawful conduct. People remain free to educate their children whenever and however they choose, provided they meet prescribed standards. While this may impose costs on them not borne by parents of children attending public secular schools, the cost issue is more appropriately considered under the equality provision of the *Charter*, s. 15.

The second distinction between this case and the Sunday-closing cases is that the sort of absence of benefit complained of in this case has no history of recognition as a violation of freedom of religion. Absence of state funding for private religious practices, as distinct from prohibitions on such practices, has never been seen as religious persecution. In determining the content of the guarantees contained in the *Charter*, the courts must look to the history of values enshrined. That history provides no support for extending the guarantee of freedom of religion to the provision of equal funding for religious practices, like religious education. Never, to borrow the reasoning of Dubin C.J., has it been suggested that freedom of religion entitles one to state support for one's religion.

I conclude that no infringement of the guarantee of freedom of religion has been established.

deux particuliers imposés aux minorités religieuses relativement à l'exploitation de leurs commerces sont au premier rang de l'odieux dans les annales de la persécution religieuse. Ce qui était en jeu dans *Big M Drug Mart* et *Edwards Books* n'était rien de moins qu'une interdiction de l'État qui désavantageait les membres des minorités religieuses lorsque venait le temps de gagner leur vie. Après avoir examiné l'historique et le contexte de ces mesures, notre Cour a conclu qu'elles pourraient effectivement constituer une atteinte à la liberté de religion.

Le fardeau dont il est question en l'espèce diffère, à deux points de vue, de celui qui était en cause dans *Big M Drug Mart* et *Edwards Books*. Premièrement, il ne s'agit pas d'une interdiction de l'État qui vise une conduite par ailleurs légitime. Les gens demeurent libres de faire instruire leurs enfants à leur gré et comme ils l'entendent, pourvu qu'ils respectent certaines normes. Bien que cela puisse imposer à ces personnes des coûts non assumés par les parents d'enfants qui fréquentent des écoles laïques publiques, il est plus approprié d'examiner la question du coût sous l'angle de la disposition sur l'égalité contenue dans la *Charte*, à savoir l'art. 15.

La seconde distinction entre la présente affaire et celles relatives à la fermeture le dimanche réside dans le fait que le genre d'absence d'avantage dont on se plaint en l'espèce n'a jamais été reconnu comme une violation de la liberté de religion. Le non-financement par l'État des pratiques religieuses privées, par opposition à l'interdiction de ces pratiques, n'a jamais été considéré comme de la persécution religieuse. En déterminant le contenu des garanties de la *Charte*, les tribunaux doivent examiner l'historique des valeurs qui y sont consacrées. Cet historique ne justifie pas d'étendre la garantie de liberté religieuse à un financement égal de pratiques religieuses comme l'enseignement religieux. Jamais, pour emprunter le raisonnement du juge en chef Dubin, n'a-t-on laissé entendre que la liberté de religion confère à quelqu'un le droit au soutien de l'État en ce qui concerne sa religion.

Je conclus que l'on n'a établi l'existence d'aucune atteinte à la garantie de liberté de religion.

3. *Does the Failure to Fund Independent Religious Schools Infringe the Equality Guarantee of the Charter?*

3. *L'omission de financer les écoles confessionnelles indépendantes porte-t-elle atteinte aux droits à l'égalité garantis par la Charte?*

202 Section 15 of the *Charter* provides that every person is entitled to equal benefit of the law and not to be discriminated against on grounds such as that of religion. Put in the context of this case, this means that the province of Ontario may not enact an education law which deprives some people of benefits which others receive, on the ground of their religion.

L'article 15 de la *Charte* prévoit que toute personne a droit au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment de la discrimination fondée sur la religion. Dans le présent contexte, cela signifie que la province d'Ontario ne peut pas adopter une loi sur l'éducation qui prive, en raison de leur religion, certaines personnes des avantages dont bénéficient d'autres personnes.

203 The case for infringement of s. 15 of the *Charter* is put on two grounds. The first alleges treatment unequal to that of the funded Roman Catholic schools. This argument is untenable in view of the special constitutional bargain protecting funding for Roman Catholic schools at the time of Confederation: *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148. The second argument alleges treatment unequal to that of the funded secular schools. It is to that argument that I now turn.

L'argumentation invoquée à l'appui d'une violation de l'art. 15 de la *Charte* est double. Premièrement, on allègue l'existence d'un traitement inégal par rapport à celui dont bénéficient les écoles catholiques romaines financées. Cet argument est insoutenable vu l'entente constitutionnelle particulière qui protégeait le financement des écoles catholiques à l'époque de la Confédération: *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148. Deuxièmement, on allègue l'existence d'un traitement inégal par rapport à celui dont bénéficient les écoles laïques financées. C'est cet argument que je vais maintenant examiner.

204 The analysis under s. 15(1) involves two steps. First, the claimant must show a denial of equal protection or equal benefit of the law, as compared with some other person. Second, the claimant must show that this denial constitutes discrimination, that is, that it rests on one of the grounds enumerated in s. 15(1) or an analogous ground based on the stereotypical application of presumed group or personal characteristics: *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513.

L'analyse fondée sur le par. 15(1) comporte deux étapes. Premièrement, le demandeur doit démontrer qu'il y a eu négation de son droit à la même protection ou au même bénéfice de la loi qu'une autre personne. Deuxièmement, le demandeur doit démontrer que cette négation constitue une discrimination, c'est-à-dire qu'elle repose sur l'un des motifs énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue fondé sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe: *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.

205 The denial of equal protection or benefit of the law may appear on the face of the enactment, or may arise by reason of the effect which a facially neutral provision has on the person discriminated against. It will be rare that a law expressly discriminates on religious grounds. More often, discrimination based on religion is founded in the effect of

La négation du droit à la même protection ou au même bénéfice de la loi peut ressortir à la lecture du texte législatif ou peut résulter de l'effet qu'une disposition apparemment neutre a sur la personne victime de discrimination. Il est rare qu'une loi fasse preuve expressément de discrimination fondée sur des motifs religieux. Plus souvent, la dis-

a seemingly neutral provision. For example, in *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561, this Court found that the facially neutral requirement that everyone on a construction site wear a hard hat discriminated against Sikhs on the basis of religion because of the religious requirement that Sikhs wear turbans. This type of discrimination is referred to as adverse effect discrimination.

The appellants concede that the education scheme of Ontario, apart from the special position of the Roman Catholic schools, is facially neutral. They contend that notwithstanding this facial neutrality, the effect of the regulations is to discriminate against the users of independent religious schools as compared with the users of public secular schools. They submit that the Court of Appeal erred in holding that it is sufficient that the province make secular public schools equally available without discrimination on the basis of religious affiliation. In their view, s. 15 of the *Charter* is violated when a provision has the effect of placing an unequal and disproportionate burden on members of a group on the basis of their religious beliefs. They argue that, just as Mr. Bhinder's religion required him to wear a turban, their religion requires them to send their children to private religious schools. The effect in each case is to deny them a benefit on the ground of religion — in Mr. Bhinder's case the benefit of employment, in the appellants' case the benefit of school funding. In short, a benefit, school funding, is provided in a way that makes it unavailable to certain groups because of their religion. This establishes, in their submission, both the elements required to show an infringement of s. 15 of the *Charter* — unequal treatment and discrimination.

The respondents present two counter-arguments. First, they deny unequal treatment on the ground that the funding of public secular schools treats all

crimination fondée sur la religion découle de l'effet d'une disposition apparemment neutre. Par exemple, dans *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, notre Cour a statué que l'exigence apparemment neutre du port d'un casque de sécurité sur un chantier de construction créait, envers les Sikhs, de la discrimination fondée sur la religion étant donné que la religion des Sikhs les oblige à porter le turban. Ce genre de discrimination est qualifié de discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

Les appelants reconnaissent que le régime d'éducation de l'Ontario, sauf en ce qui concerne la situation particulière des écoles catholiques romaines, est apparemment neutre. Ils soutiennent que, même s'il est apparemment neutre, le règlement a pour effet de créer de la discrimination envers les usagers des écoles confessionnelles indépendantes par opposition aux usagers des écoles laïques publiques. À leur avis, la Cour d'appel a commis une erreur en statuant qu'il suffit que la province offre un accès égal à l'école laïque publique, sans discrimination fondée sur l'appartenance à une religion. Selon eux, il y a violation de l'art. 15 de la *Charte* lorsqu'une disposition a pour effet d'imposer un fardeau inégal et disproportionné aux membres d'un groupe à cause de leurs croyances religieuses. Ils font valoir que, tout comme la religion de M. Bhinder exigeait qu'il porte le turban, leur religion exige qu'ils envoient leurs enfants à l'école confessionnelle privée. Dans chaque cas, cela a pour effet de les priver d'un avantage en raison de leur religion — dans le cas de M. Bhinder, il s'agissait de l'avantage de travailler; dans celui des appelants, il s'agit de l'avantage du financement des écoles. Bref, un avantage, à savoir le financement des écoles, est accordé de telle façon que certains groupes ne peuvent pas en bénéficier à cause de leur religion. De l'avis des appelants, cela prouve l'existence des deux éléments requis pour démontrer l'existence d'une violation de l'art. 15 de la *Charte* — le traitement inégal et la discrimination.

Les intimés avancent deux arguments à l'encontre de cette thèse. Premièrement, ils nient l'existence d'un traitement inégal en faisant valoir

religions equally. All may attend the public schools regardless of their religion, and no religious instruction is permitted in them. This is sufficient to establish that the system on its face is neutral. However, it fails to counter the submission that the funding system has the effect of denying a benefit to those whose religions do not permit them to send their children to public secular schools. The distinction is between a school system which is formally open to all children and a school system which is in fact accessible to all children. The evidence establishes that the Ontario public school system is not in fact accessible to all children. There exists a minority of students whose parents, out of religious conviction, cannot send their children to public schools. To these children, public education is as inaccessible as a job on the construction site was to Mr. Bhinder.

que le financement des écoles laïques publiques traite toutes les religions sur un pied d'égalité. Tous peuvent fréquenter l'école publique indépendamment de leur religion, et aucun enseignement religieux n'est permis dans ces écoles. Cela suffit pour établir que le régime est apparemment neutre. Cependant, cela ne répond pas à l'argument voulant que le régime de financement ait pour effet de refuser un avantage aux personnes dont la religion ne leur permet pas d'envoyer leurs enfants à l'école laïque publique. Il existe une distinction entre un régime d'écoles qui est officiellement accessible à tous les enfants et un régime d'écoles qui l'est dans les faits. La preuve établit que le régime ontarien d'écoles publiques n'est pas, dans les faits, accessible à tous les enfants. Il existe une minorité d'élèves dont les parents, à cause de leurs convictions religieuses, ne peuvent envoyer leurs enfants à l'école publique. Pour ces enfants, l'enseignement public n'est pas plus accessible que ne l'était pour M. Bhinder un emploi sur le chantier de construction.

208

The respondents' second argument is that even if adverse effect discrimination is established, it is not caused by the *Education Act*, but by the appellants' religion. The cause of the inequality, they submit, is not government action, but the appellants' decision to belong to a religion which puts them in the position of having to reject the public secular schools and establish and fund their own independent schools. With all deference to those who hold otherwise, I cannot accept this defence. By definition the effect of a discriminatory measure will always be attributable to the religion, gender, disability and so on of the person who is affected by the measure. If a charge of religious discrimination could be rebutted by the allegation that the person discriminated against chose the religion and hence must accept the adverse consequences of its dictates, there would be no such thing as discrimination. This Court has consistently affirmed a substantive approach to equality. The substantive approach to equality is founded on acceptance of the differences which lie at the heart of discrimination. Be they differences of birth, like race or age, or be they differences of choice, as religion often is, the law proceeds from the pre-

Le second argument des intimés veut que, même si la discrimination par suite d'un effet préjudiciable est établie, elle résulte non pas de l'application de la *Loi sur l'éducation*, mais plutôt de la religion des appelants. À leur avis, ce n'est pas une mesure gouvernementale qui cause l'inégalité, mais bien la décision des appelants d'appartenir à une religion qui les oblige à rejeter les écoles laïques publiques et à créer leurs propres écoles indépendantes. En toute déférence pour ceux qui concluent le contraire, je ne puis retenir ce moyen de défense. Par définition, l'effet d'une mesure discriminatoire sera toujours attribuable, notamment, à la religion, au sexe, à une incapacité de la personne touchée par la mesure. S'il était possible de repousser une accusation de discrimination fondée sur la religion en affirmant que la victime de discrimination a choisi la religion en question et doit, en conséquence, assumer les conséquences préjudiciables des préceptes de cette religion, il n'existerait rien de tel que la discrimination. Notre Cour a constamment préconisé une analyse de fond en matière d'égalité. Cette analyse de fond repose sur l'acceptation des différences qui sont au cœur de la discrimination. Peu importe qu'il s'agisse de différences

mise that the individual is entitled to equal treatment in spite of such differences. The state cannot "blame" the person discriminated against for having chosen the status which leads to the denial of benefit. The person is entitled to the benefit regardless of that choice. The essence of s. 15 is that the state cannot use choices like the choice of religion as the basis for denying equal protection and benefit of the law.

I conclude that while secular schooling is in theory available to all members of the public, the appellants' religious beliefs preclude them from sending their children to public schools. Therefore, they are adversely discriminated against by the lack of funding for schooling consistent with their religious beliefs. The fact that they may have chosen their religion and with it the need to send their children to religious schools does not negate the discrimination. This discrimination places a real and substantial financial burden on the appellants. The appellants are not treated as equal before and under the *Education Act* and do not receive equal benefit of the law. Therefore, the infringement of s. 15 is established.

4. *Is the Infringement of Section 15 of the Charter Justified Under Section 1?*

An infringement of one of the guarantees of the *Charter* does not establish a breach of the *Charter*. Section 1 of the *Charter* proclaims that the state is entitled to limit the rights and freedoms set out in the *Charter* provided that the limit is reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society.

Is the denial of funding to private religious schools reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society? The onus is on the province of Ontario to establish that it is. In order to do so, it must show: first, that the restriction of funding has an objective of pressing and substan-

de naissance, comme la race ou l'âge, ou de différences de choix, comme c'est souvent le cas de la religion, la loi part de la prémisse que la personne a droit au même traitement, malgré ces différences. L'État ne saurait «reprocher» à la victime de discrimination d'avoir choisi la situation à l'origine de la négation de l'avantage en cause. Cette personne a droit à l'avantage peu importe ce choix. L'essence de l'art. 15 est que l'État ne saurait invoquer des choix, comme celui d'une religion, pour refuser à quelqu'un la même protection et le même bénéfice de la loi.

Je conclus que, bien que l'école laïque soit, en théorie, accessible à tous les membres du public, les croyances religieuses des appelants les empêchent d'envoyer leurs enfants à l'école publique. En conséquence, ils sont victimes de discrimination par suite d'un effet préjudiciable en raison de l'absence de financement des écoles compatibles avec leurs croyances religieuses. Le fait qu'ils puissent avoir choisi leur religion et qu'ils doivent maintenant envoyer leurs enfants dans des écoles confessionnelles n'annule pas la discrimination. Cette discrimination impose aux appelants un fardeau financier réel et important. Les appelants ne sont pas égaux devant la *Loi sur l'éducation* ni dans l'application de cette loi, et ils ne jouissent pas du même bénéfice de la loi. En conséquence, la violation de l'art. 15 est établie.

4. *La violation de l'art. 15 de la Charte est-elle justifiée au sens de l'article premier?*

Une atteinte à l'une des garanties de la *Charte* n'établit pas l'existence d'une violation de la *Charte*. L'article premier de la *Charte* prévoit que l'État a le droit de limiter les droits et libertés énoncés dans la *Charte*, pourvu que cette limite soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Le refus de financer les écoles confessionnelles privées est-il raisonnable et sa justification peut-elle se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique? Il appartient à la province d'Ontario d'établir cela. À cette fin, elle doit démontrer, premièrement, que la restriction du financement

tial concern in a free and democratic society; and second, that the objective is proportionate to, or not outweighed by, the effect of the infringing measure: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. Proportionality generally requires proof that the measure is rationally connected to the objective; that it impairs the right or freedom as little as possible; and that there is proportionality between the effects of the infringing measure and the objective sought.

The Objective of the Denial of Funding

212 The decision to fully fund public secular schools while denying any funding to independent religious schools (other than the constitutionally mandated funding for Roman Catholic schools) is at base a political decision. Its objective, the record shows, is to foster a strong public secular school system attended by students of all cultural and religious groups. Canada in general and Ontario in particular is a multicultural, multireligious society. A multicultural multireligious society can only work, it is felt, if people of all groups understand and tolerate each other. According to the Shapiro Report (*Report of the Commission on Private Schools in Ontario* (1985)), submitted in evidence, "the public school context represents . . . the most promising potential for realizing a more fully tolerant society". Children of all races and religions learn together and play together. No religion is touted over any other. The goal is to provide a forum for the development of respect for the beliefs and customs of all cultural groups and for their ethical and moral values. The strength of the public secular school system is its diversity — diversity which its supporters believe will lead to increased understanding and respect for different cultures and beliefs.

213 Against this, it is submitted that the real goal of denying funding is not to create a more tolerant

visé un objectif urgent et réel dans le cadre d'une société libre et démocratique, et deuxièmement, que cet objectif est proportionné à l'effet de la mesure attentatoire et n'est pas supplanté par cet effet: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. En ce qui concerne la proportionnalité, il faut généralement prouver que la mesure a un lien rationnel avec l'objectif visé; qu'elle porte atteinte le moins possible au droit ou à la liberté en question, et qu'il y a proportionnalité entre les effets de la mesure attentatoire et l'objectif recherché.

L'objectif du refus de financer

La décision de financer pleinement les écoles laïques publiques tout en refusant ce financement aux écoles confessionnelles indépendantes (à l'exception du financement des écoles catholiques romaines prescrit par la Constitution) est fondamentalement une décision politique. Comme le révèle le dossier, l'objectif de cette décision est de favoriser l'établissement d'un solide régime d'écoles laïques publiques fréquentées par des élèves de tous les groupes culturels et religieux. Le Canada en général, et l'Ontario en particulier, est une société multiculturelle multiconfessionnelle. Une société de cette nature ne peut fonctionner, estime-t-on, que si les membres de tous les groupes qui la composent se comprennent et se tolèrent mutuellement. Selon le rapport Shapiro (*Rapport de la Commission sur les écoles privées de l'Ontario* (1985)) qui a été déposé en preuve, [TRADUCTION] «le contexte des écoles publiques offre [. . .] les chances les plus prometteuses d'établir une société plus tolérante». Les enfants de toutes les races et religions font leur apprentissage et jouent ensemble. Aucune religion n'est favorisée par rapport à une autre. L'objectif est d'établir un climat propice au respect des croyances et des coutumes de tous les groupes culturels et de leurs valeurs éthiques et morales. C'est la diversité du régime d'écoles laïques publiques qui en fait la force — diversité qui, selon les tenants de ce régime, donnera lieu à une meilleure compréhension et à un plus grand respect des différentes cultures et croyances.

À l'encontre de cet argument, on soutient que le véritable objectif du refus de financer n'est pas de

society, but merely to avoid siphoning any funds from the public school system. This contention goes to the effect of denying funding and is more properly considered at the stage of rational connection in the proportionality inquiry.

It is also argued that the objective of fostering a multicultural ethic by denying funding to private schools and hence encouraging minorities to attend public schools cannot be accepted because it strikes at the core of the *Charter* right. It will have the effect, it is argued, of forcing some people to violate their religious beliefs. This cannot, it is asserted, be a valid objective. In essence, this argument asserts that the effect of the infringing measure — the denial of a practice at the core of freedom of religion — is such that it outweighs the social objective by which the province seeks to justify the intrusion of freedom of religion. Since this assertion is really an argument that the effect of the measure is disproportionate to the objective, I prefer to consider it under that head.

I conclude that the encouragement of a more tolerant harmonious multicultural society constitutes a pressing and substantial objective capable, provided its effect is duly proportionate, of justifying the infringement of s. 15.

Proportionality

(i) Rational Connection

The first question is whether there is a rational connection between the denial of funding to independent religious schools and the ultimate goal of promoting tolerance and understanding between people of different cultural and religious groups.

The argument linking denial of funding for independent religious schools to the ultimate objective of a more tolerant society goes like this. By providing funding to secular schools where people of all religions are welcomed free of cost,

créer une société plus tolérante, mais simplement d'éviter que des fonds destinés au régime d'écoles publiques ne soient canalisés ailleurs. Cet argument concerne l'effet du refus de financer et il vaut mieux l'analyser en même temps que le lien rationnel dans le cadre de l'examen de la proportionnalité.

On soutient également que l'objectif de favoriser l'établissement d'une éthique multiculturelle en refusant de financer les écoles privées, et d'encourager ainsi les minorités à fréquenter l'école publique, ne saurait être accepté parce qu'il touche au cœur même d'un droit garanti par la *Charte*. On soutient que cet objectif aura pour effet de contraindre certaines personnes à violer leurs croyances religieuses. Cela ne saurait, affirme-t-on, constituer un objectif valide. Essentiellement, cet argument veut que l'effet de la mesure attentatoire — la négation d'une pratique au cœur de la liberté de religion — soit tel qu'il l'emporte sur l'objectif social au moyen duquel la province cherche à justifier l'atteinte à la liberté de religion. Puisque cela revient, en réalité, à dire que l'effet de la mesure est disproportionné à l'objectif, je préfère l'examiner sous cette rubrique.

Je conclus qu'encourager l'établissement d'une société multiculturelle harmonieuse plus tolérante constitue un objectif urgent et réel susceptible de justifier la violation de l'art. 15, pourvu que l'effet de cet objectif soit bien proportionné.

Proportionnalité

(i) Le lien rationnel

La première question est de savoir s'il existe un lien rationnel entre le refus de financer les écoles confessionnelles indépendantes et l'objectif ultime de favoriser la tolérance et la compréhension entre des personnes de différents groupes culturels et religieux.

Voici comment se présente l'argument qui lie le refus de financer les écoles confessionnelles indépendantes à l'objectif ultime d'établir une société plus tolérante. En finançant les écoles laïques que des gens de toutes les religions peuvent fréquenter

214
1996 CanLII 148 (SCC)

215

216

217

the government encourages people of different cultures and creeds to educate their children together. If funding were provided for private religious schools many of those who now send their children to secular schools would instead send their children to independent religious schools. The public secular schools would lose some students from diverse backgrounds. These students, instead of being educated in public multicultural multireligious schools, would be educated with homogeneous groups of people of similar beliefs. In short, secular schools might become less diverse and the number of students receiving parochial educations would increase. The overall effect would be to diminish the multicultural exposure of children in schools. This lack of exposure, in turn, would diminish the mutual tolerance and understanding of Ontarians of diverse cultures and religions for one another.

gratuitement, le gouvernement encourage les personnes de culture et de croyances différentes à faire éduquer leurs enfants ensemble. Si des fonds étaient versés à des écoles confessionnelles privées, bon nombre de ceux qui envoient maintenant leurs enfants à l'école laïque les enverraient à l'école confessionnelle indépendante. Les écoles laïques publiques perdraient certains élèves de divers milieux socioculturels. Ces élèves, au lieu d'être éduqués dans des écoles multiconfessionnelles et multiculturelles publiques, seraient éduqués au sein de groupes homogènes de personnes ayant des croyances similaires. Bref, les écoles laïques pourraient devenir moins diversifiées et le nombre d'élèves recevant un enseignement confessionnel augmenterait. Cela aurait pour effet global de diminuer l'exposition au multiculturalisme des enfants fréquentant ces écoles. En revanche, ce manque d'exposition entraînerait une diminution de la tolérance et la compréhension mutuelles des Ontariens de cultures et de religions différentes.

218 Scientific demonstration of cause and effect is not necessary to satisfy the requirement of a rational connection between the objective sought and the infringing measure. Legislators can seldom demonstrate that the measures they propose for the betterment of society will inevitably have that effect. What is required is that the measure not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations: *Oakes, supra*, at p. 139. As a matter of common sense, can it be said that the measure or legislative scheme in question may promote (as opposed to inevitably accomplish) the objective sought?

On n'a pas à faire la démonstration scientifique des causes et des effets pour satisfaire à l'exigence de lien rationnel entre l'objectif recherché et la mesure attentatoire. Un législateur peut rarement démontrer que les mesures qu'il propose pour améliorer la société auront inévitablement cet effet. Ce qui est nécessaire, c'est que la mesure ne soit pas arbitraire, inéquitable ou fondée sur des considérations irrationnelles: *Oakes*, précité, à la p. 139. Suivant le simple bon sens, peut-on dire que la mesure ou la disposition législative en question est susceptible de favoriser la réalisation de l'objectif recherché (plutôt que de le réaliser inévitablement)?

219 This test, in my view, is met in this appeal. The denial of funding to separate schools is rationally connected to the goal of a more tolerant society.

À mon avis, on satisfait à ce critère en l'espèce. Le refus de financer des écoles séparées a un lien rationnel avec l'objectif de société plus tolérante.

(ii) *Minimal Impairment*

(ii) *L'atteinte minimale*

220 Once it is established that the infringing measure is rationally connected to the objective by which the province seeks to justify it, the enquiry moves to the question of whether the measure impairs the right or freedom as little as possible.

Une fois que l'on a établi que la mesure attentatoire a un lien rationnel avec l'objectif par lequel la province cherche à la justifier, il faut ensuite déterminer si cette mesure porte atteinte le moins possible au droit ou à la liberté en question. Lorsque des

Where social issues are at stake, courts approach the legislature's decision as to what infringement is required to achieve the desired end with considerable deference. It is not difficult to conjure up hypothetical solutions which might infringe the right in question less than the solution chosen by the legislature. This alone is insufficient to allow the courts to declare that the legislature's solution violates the *Charter*. As long as the measure falls within a range of acceptable solutions to the problem, it will pass the minimal impairment test: *Edwards Books, supra, Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303. Again, common sense is the guide.

In the appeal at bar, it is impossible to say whether a less intrusive measure, such as partial funding for private religious schools, might achieve the same objective with less infringement of the guarantee of freedom of religion. The Ontario Legislature has chosen a measure that falls within the range of reasonable responses to the problem of promoting a more tolerant multicultural society.

(iii) Proportionality Between the Effect of the Infringing Measure and the Objective

The appellants argue that the effect of denial of funding is to infringe a right at the heart of their religious practice. This infringement is so serious that it can never be justified, they assert. To justify it would negate rather than limit freedom of religion. While the argument was put forward to assert that the province's objective was not pressing and substantial, it really amounts to an argument that the effect of the measure is so serious that it must outweigh the state's objective of fostering a more tolerant society through multicultural education.

Section 1 of the *Charter* permits reasonable limitations of rights, not their annihilation. It is not

questions sociales sont en jeu, les tribunaux abordent avec énormément de retenue la décision du législateur pour ce qui est de déterminer l'atteinte requise pour réaliser la fin souhaitée. Il n'est pas difficile d'évoquer des solutions hypothétiques qui pourraient porter moins atteinte au droit en question que la solution retenue par le législateur. Cela n'est pas suffisant en soi pour permettre aux tribunaux de déclarer que la solution du législateur viole la *Charte*. Pourvu que la mesure se situe à l'intérieur d'une gamme de solutions acceptables au problème, elle satisfait au critère de l'atteinte minimale: *Edwards Books*, précité, *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303. De nouveau, c'est le simple bon sens qui sert de guide.

Dans le présent pourvoi, il est impossible de dire si une mesure moins envahissante, comme un financement partiel des écoles confessionnelles privées, permettrait d'atteindre le même objectif avec une atteinte moins grande à la garantie de liberté de religion. La législature ontarienne a choisi une mesure qui se situe à l'intérieur de la gamme des réponses raisonnables au problème de favoriser l'établissement d'une société multiculturelle plus tolérante.

(iii) La proportionnalité entre l'effet de la mesure attentatoire et l'objectif visé

Les appelants soutiennent que le refus de financer a pour effet de porter atteinte à un droit qui est au cœur de leur pratique religieuse. Selon eux, cette atteinte est si grave qu'elle ne pourra jamais être justifiée. La justifier aurait pour effet d'annihiler plutôt que de limiter leur liberté de religion. Bien que cet argument ait été avancé pour faire valoir que l'objectif de la province n'était pas urgent et réel, il revient, en fait, à prétendre que l'effet de la mesure est si grave qu'il doit l'emporter sur l'objectif de l'État de favoriser, par une éducation multiculturelle, l'établissement d'une société plus tolérante.

L'article premier de la *Charte* prévoit que les droits peuvent être restreints dans des limites rai-

difficult to conceive of laws whose effect would be virtually to eviscerate a particular freedom or right, creating an effect so disproportionate to the goal by which they are sought to be justified that they could not be justified. For example, it might be difficult to accept that a law preventing Muslims, Christians, Hindus, or some other religious group from public worship could be justified on any ground. At the same time, the *Charter* permits limitation of rights provided the effect is proportionate to the objective the state asserts. Virtually every aspect of human conduct is capable of being the subject of religious belief. It is inevitable that some of the conduct sanctioned or prescribed by religious belief will conflict with the legal prescriptions of society or suffer limitation as the state pursues broader goals in the interest of society as a whole, giving rise to a breach of the guarantee of religious freedom or to an unequal treatment on the ground of religion. To take an extreme example, a religious belief requiring corporal punishment of a child might conflict with a provision of the criminal law forbidding physical violence against children. The question in each case is whether the effect of the limitation is proportionate to the state objective. In this case the issue is whether the limitation on equality rights effected by the *Education Act* is disproportionate to the goal of encouraging social harmony.

sonnables, et non qu'ils peuvent être annihilés. Il n'est pas difficile de concevoir des lois qui auraient pratiquement pour effet de faire perdre tout son sens à une liberté ou à un droit particuliers, et de créer un effet si disproportionné à l'objectif par lequel on cherche à les justifier, qu'elles ne pourraient être justifiées. Par exemple, il pourrait être difficile d'accepter qu'une loi interdisant aux musulmans, aux chrétiens, aux hindous ou à un autre groupe religieux de pratiquer leur religion en public puisse être justifiée par une raison quelconque. La *Charte* permet, en même temps, la restriction de droits pourvu que l'effet d'une telle restriction soit proportionné à l'objectif invoqué par l'État. Presque tous les aspects de la conduite humaine peuvent faire l'objet d'une croyance religieuse. Certaines conduites sanctionnées ou imposées par une croyance religieuse entreront inévitablement en conflit avec les préceptes juridiques de la société ou seront assujetties à des limites, du fait que l'État poursuit des objectifs plus larges dans l'intérêt de l'ensemble de la société, ce qui engendre une violation de la garantie de liberté de religion ou un traitement inégal pour cause de religion. Prenons un autre exemple extrême: une croyance religieuse exigeant le châtement corporel d'un enfant pourrait entrer en conflit avec une disposition du droit criminel interdisant la violence physique contre les enfants. Dans chaque cas, il s'agit de savoir si l'effet de la restriction est proportionné à l'objectif de l'État. En l'espèce, la question est de savoir si la restriction des droits à l'égalité à laquelle donne lieu la *Loi sur l'éducation* est disproportionnée à l'objectif de promouvoir l'harmonie sociale.

In my view, the effect of denying funding to independent religious schools is proportionate to the objective sought. The goal of fostering multiracial and multicultural harmony is of great importance in a society as diverse as ours. Against this must be weighed the effect of the measure — to impose additional burdens upon parents whose religious beliefs preclude education of children in public secular schools. The denial of funding does not strike at the heart of the religion; indeed, I have concluded that it does not violate religious freedom at all. Even though it is true that the

À mon avis, l'effet du refus de financer les écoles confessionnelles indépendantes est proportionné à l'objectif recherché. L'objectif de promouvoir l'harmonie multiraciale et multiculturelle revêt une grande importance dans une société aussi diversifiée que la nôtre. Cela doit être soupesé avec l'effet de la mesure, qui est d'imposer un fardeau additionnel aux parents dont les croyances religieuses les empêchent d'envoyer leurs enfants dans des écoles laïques publiques. Le refus de financer ne touche pas au cœur de la religion; en fait, j'ai conclu qu'il ne viole absolument pas la

impugned scheme discriminates on the basis of religion, the record does not establish that the denial of funding compels anyone to violate their religious beliefs in a fashion which would violate s. 2(a) of the *Charter*. If the Act compelled attendance at public schools, then this might be argued to be the case. But the Act permits other alternatives, including home study. Such alternatives may impose burdens not carried by parents whose children attend publicly funded schools — therein lies the inequality that results in a finding of infringement of s. 15 — but it does not preclude the state from attempting to justify its program on the ground of overarching public concern.

5. *Conclusion on the Issue of Constitutionality of Denial of Funding for Independent Religious Schools*

I conclude that while denial of funding for independent religious schools infringes the equality guarantee of the *Charter*, the infringement is justified under s. 1 of the *Charter*.

B. Funding to Assist Handicapped Children — The School Health Support Services Program

If the denial of funding for independent religious schools constitutes a violation of s. 15 of the *Charter*, so must the denial of funding for assistance for handicapped children attending such schools. The only question is whether this denial is justified under s. 1 of the *Charter*.

With deference to those who hold otherwise, I do not think the problem can be solved simply by labelling the denial of assistance to handicapped children in independent religious schools a matter of health and not of education or *vice versa*. The program to assist handicapped school children, while it falls under the *Health Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. H.6, is designated in Regulation 552, (R.R.O 1990, Reg. 552, s. 14(1)) as a “special

liberté de religion. Même s'il est vrai que le régime attaqué crée une distinction fondée sur la religion, le dossier n'établit pas que le refus de financer force qui que ce soit à violer ses croyances religieuses d'une façon contraire à l'al. 2a) de la *Charte*. Si la Loi imposait la fréquentation des écoles publiques, on pourrait alors faire valoir que c'est ce qui se produit. Cependant, la Loi permet d'autres solutions, y compris l'enseignement au foyer. Ces solutions peuvent imposer des fardeaux non assumés par les parents dont les enfants fréquentent les écoles publiques — d'où l'inégalité qui amène à conclure qu'il y a violation de l'art. 15 —, mais cela n'empêche pas l'État de tenter de justifier son programme par une préoccupation publique générale.

5. *Conclusion relative à la question de la constitutionnalité du refus de financer les écoles confessionnelles indépendantes*

Je conclus que, bien que le refus de financer les écoles confessionnelles indépendantes viole la garantie d'égalité prévue dans la *Charte*, cette violation est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

B. Le financement destiné à aider les enfants handicapés — Le programme de services de santé pour enfants d'âge scolaire

Si le refus de financer les écoles confessionnelles indépendantes constitue une violation de l'art. 15 de la *Charte*, il doit en être également ainsi du refus de procurer des fonds destinés à aider les enfants handicapés qui fréquentent ces écoles. La seule question est de savoir si ce refus est justifié au sens de l'article premier de la *Charte*.

En toute déférence pour ceux qui sont d'avis contraire, je ne crois pas que l'on puisse résoudre ce problème en qualifiant simplement de question de santé au lieu de question d'éducation, ou vice versa, le refus d'aider les enfants handicapés qui fréquentent l'école confessionnelle indépendante. Bien qu'il relève de la *Loi sur l'assurance-santé*, L.R.O. 1990, ch. H.6, le programme destiné à aider les élèves handicapés est désigné, dans le règle-

education program" (emphasis added). One of its purposes is to assist disabled children to obtain education which their disability might otherwise make difficult if not impossible. Moreover, to label the matter a question of health does not obviate the inequality worked by restriction of the program to public secular and Roman Catholic schools. The Act offers this assistance to children attending public secular schools and Roman Catholic schools. It denies it to children attending independent religious schools. Therefore, it treats them unequally, whether in terms of health or education. The unequal treatment flows from the religious conviction of the parents whose belief compels them to educate their children outside the public secular system. This is sufficient to establish discrimination contrary to s. 15 of the *Charter*.

ment 552 (R.R.O. 1990, règl. 552, par. 14(1)), comme «un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté» (je souligne). L'un des objectifs de ce programme est d'aider les enfants handicapés à se faire instruire, ce que leur handicap pourrait rendre difficile par ailleurs, voire impossible. De plus, dire que la question est une question de santé ne pare pas à l'inégalité qui résulte du fait de restreindre le programme aux écoles laïques publiques et aux écoles catholiques romaines. La Loi offre cette aide aux enfants qui fréquentent l'école laïque publique et l'école catholique romaine. Elle la refuse aux enfants qui fréquentent l'école confessionnelle indépendante. Par conséquent, elle traite les enfants de façon inégale, que ce soit sur le plan de la santé ou sur celui de l'enseignement. Ce traitement inégal résulte des convictions religieuses des parents dont les croyances les forcent à faire instruire leurs enfants en dehors du régime laïc public. Cela est suffisant pour établir l'existence de discrimination contraire à l'art. 15 de la *Charte*.

228 It is thus clear that the existing system discriminates against disabled children on the basis of their religion. In situations where a private religious school has a program analogous to a public school special education program, students enrolled in the program ought not to be denied the benefits of the *Health Insurance Act*, unless the state can justify the denial.

Il est donc clair que le régime existant fait preuve, envers les enfants handicapés, de discrimination fondée sur leur religion. Dans les cas où une école confessionnelle privée possède un programme analogue à un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté offert dans une école publique, les élèves inscrits à ce programme ne devraient pas se voir refuser les avantages de la *Loi sur l'assurance-santé*, à moins que l'État ne puisse justifier ce refus.

229 The objective which served to justify denial of school funding — the promotion of a more tolerant multicultural society — might be capable of serving to justify the fact that Regulation 552 providing for school health service relies on definitions contained in the *Education Act* and therefore alludes only to public secular schools and Roman Catholic schools. Rational connection is more problematic because of the presence of health as well as educational concerns underlying the Regulation. Nevertheless, it might be argued that the Regulation will encourage disabled children of religious minorities to participate in the multicultural public school system. The analysis founders,

L'objectif qui a servi à justifier le refus de financer les écoles — la promotion d'une société multiculturelle plus tolérante — pourrait peut-être servir à justifier le fait que le règlement 552 relatif à la prestation de services de santé pour enfants d'âge scolaire repose sur des définitions contenues dans la *Loi sur l'éducation* et ne concerne donc que les écoles laïques publiques et les écoles catholiques romaines. Le lien rationnel est plus problématique en raison des préoccupations en matière de santé et d'éducation qui sous-tendent ce règlement. Néanmoins, on pourrait peut-être soutenir que le règlement incite les enfants handicapés appartenant aux minorités religieuses à participer au régime

however, on the rocks of minimal impairment and proportionality. Unlike funding of independent religious schools generally, the cost of extending school health services to disabled children in those schools is not great. The effect of the denial is to add to the burden already imposed by lack of school funding, the additional burden, in the case of handicapped children, of coping with their disability without the assistance available to children of other religions. It is not seriously suggested that this small amount of aid to this small group of children could adversely affect the diversity in the composition of students in the public secular school system and the ultimate goal of fostering a more tolerant society. In these circumstances, I cannot conclude that the discrimination effected by the Regulation is demonstrably justified in a free and democratic society. I would allow the appeal on this ground. The appropriate remedy, in my view, is not to strike out Regulation 552, but to read into it a provision which, for the purpose of Regulation 552 extends the *Education Act's* definition of "school" to include private denominational schools and broaden the Act's definition of "special education program" to include programs that are comparable to special education programs in public schools or Roman Catholic schools.

C. Conclusion

I would dismiss the appeal, except on the issue of health service to disabled children. There I would allow the appeal, reading Regulation 552 (R.R.O. 1990) of the *Health Insurance Act* up to include children from independent religious schools in the School Health Support Services Program.

d'écoles publiques multiculturelles. Cependant, l'analyse s'échoue sur les récifs de l'atteinte minimale et de la proportionnalité. Contrairement au financement des écoles confessionnelles indépendantes en général, ce qu'il en coûterait pour étendre la prestation des services de santé pour enfants d'âge scolaire aux enfants handicapés qui fréquentent ces écoles n'est pas élevé. Le refus de financer a pour effet d'ajouter au fardeau déjà imposé par l'absence de financement des écoles, le fardeau additionnel, pour les enfants handicapés, de faire face à leur handicap sans bénéficier de l'aide offerte aux enfants d'autres religions. On ne laisse pas entendre sérieusement que ce faible montant d'aide à ce petit groupe d'enfants risque de nuire à la diversité des élèves à l'intérieur du régime d'écoles laïques publiques et à l'objectif ultime de promouvoir l'établissement d'une société plus tolérante. Dans ces circonstances, je ne puis conclure que la discrimination engendrée par le règlement a une justification qui peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. J'accueillerais le pourvoi pour ce motif. À mon avis, la réparation convenable consiste non pas à invalider le règlement 552, mais à le considérer comme incluant une disposition qui, pour les fins de ce règlement, élargit la définition du terme «école» donnée dans la *Loi sur l'éducation*, de manière à inclure les écoles confessionnelles privées, et qui élargit la définition de l'expression «programme d'enseignement à l'enfance en difficulté», contenue dans la Loi, de manière à inclure des programmes comparables aux programmes d'enseignement à l'enfance en difficulté offerts dans les écoles publiques ou catholiques romaines.

C. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi, sauf en ce qui concerne la question des services de santé pour enfants handicapés. À ce sujet, j'accueillerais le pourvoi en interprétant le règlement 552 (R.R.O. 1990), pris en application de la *Loi sur l'assurance-santé*, de manière à inclure, dans le programme de services de santé pour enfants d'âge scolaire, les enfants qui fréquentent l'école confessionnelle indépendante.

Appeal dismissed, McLACHLIN J. dissenting in part and L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellants Susie Adler, Mark Grossman, Paula Kezwer, Marcy Rapp and Riky Young: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Solicitors for the appellants Leo Elgersma, Harry Pott, Raymond Dostal, Harry Fernhout and the Ontario Alliance of Christian School Societies: Stikeman, Elliott, Toronto.

Solicitor for the respondents: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the intervener the Ontario Multi-Faith Coalition for Equity in Education: Lerner & Associates, Toronto.

Solicitors for the intervener the Ontario Federation of Independent Schools: Morris, Rose, Ledgett, Toronto.

Solicitors for the interveners the Metropolitan Toronto School Board and the Ontario Public School Boards' Association: Brian A. Kelsey and William S. Challis, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Pourvoi rejeté, le juge McLACHLIN est dissidente en partie et le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Procureurs des appelants Susie Adler, Mark Grossman, Paula Kezwer, Marcy Rapp et Riky Young: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Procureurs des appelants Leo Elgersma, Harry Pott, Raymond Dostal, Harry Fernhout et Ontario Alliance of Christian School Societies: Stikeman, Elliott, Toronto.

Procureur des intimés: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l'intervenante Ontario Multi-Faith Coalition for Equity in Education: Lerner & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Ontario Federation of Independent Schools: Morris, Rose, Ledgett, Toronto.

Procureurs des intervenants le Conseil scolaire de la communauté urbaine de Toronto et l'Association des conseils scolaires publics de l'Ontario: Brian A. Kelsey et William S. Challis, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.