

The Brant County Board of Education and the Attorney General for Ontario *Appellants*

v.

Carol Eaton and Clayton Eaton *Respondents*

and

The Attorney General of Quebec, the Attorney General of British Columbia, the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, the Learning Disabilities Association of Ontario, the Ontario Public School Boards' Association, the Down Syndrome Association of Ontario, the Council of Canadians with Disabilities, the Confédération des organismes de personnes handicapées du Québec, the Canadian Association for Community Living, People First of Canada, the Easter Seal Society, and the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse *Intervenors*

INDEXED AS: EATON v. BRANT COUNTY BOARD OF EDUCATION

File No.: 24668.

1996: October 8; 1996: October 9.

Reasons delivered: February 6, 1997.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Physical disability — Child with physical disabilities identified as being an "exceptional pupil" — Child placed in neighbourhood school on trial basis — Child's best interests later determined to be placement in special education class — Whether placement in special education class and process of doing so absent

Le Conseil scolaire du comté de Brant et le procureur général de l'Ontario *Appellants*

c.

Carol Eaton et Clayton Eaton *Intimés*

et

Le procureur général du Québec, le procureur général de la Colombie-Britannique, la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, la Learning Disabilities Association of Ontario, l'Association des conseils scolaires publics de l'Ontario, l'Association Syndrome Down de l'Ontario, le Conseil des Canadiens avec déficiences, la Confédération des organismes de personnes handicapées du Québec, l'Association canadienne pour l'intégration communautaire, Les personnes d'abord du Canada, la Société du timbre de Pâques et la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: EATON c. CONSEIL SCOLAIRE DU COMTÉ DE BRANT

N° du greffe: 24668.

1996: 8 octobre; 1996: 9 octobre.

Motifs déposés: 6 février 1997.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Déficience physique — Enfant atteinte de déficiences physiques et identifiée comme étant une «élève en difficulté» — Enfant placée à l'essai dans une école de son voisinage — Décision prise par la suite qu'il serait dans l'intérêt de l'enfant de la placer dans une classe pour élèves en difficulté — Le placement

parental consent infringing child's s. 15 (equality) Charter rights — If so, whether infringement justifiable under s. 1 — Whether Court of Appeal erred in considering constitutional issues absent notice required by Courts of Justice Act — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15 — Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 109(1) — Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, ss. 1(1), 8(3) — R.R.O. 1990, Reg. 305, s. 6.

The respondents are the parents of a 12-year-old girl with cerebral palsy who is unable to communicate through speech, sign language or other alternative communication system, who has some visual impairment and who is mobility impaired and mainly uses a wheelchair. Although identified as an "exceptional pupil" by an Identification, Placement and Review Committee (IPRC), the child, at her parents' request, was placed on a trial basis in her neighbourhood school. A full-time assistant, whose principal function was to attend to the child's needs, was assigned to the classroom. After three years, the teachers and assistants concluded that the placement was not in the child's best interests and indeed that it might well harm her. When the IPRC determined that the child should be placed in a special education class, the decision was appealed by the child's parents to a Special Education Appeal Board which unanimously confirmed the IPRC decision. The parents appealed again to the Ontario Special Education Tribunal (the "Tribunal"), which also unanimously confirmed the decision. The parents then applied for judicial review to the Divisional Court, Ontario Court of Justice (General Division), which dismissed the application. The Court of Appeal allowed the subsequent appeal and set aside the Tribunal's order. At issue here are whether the Court of Appeal erred (1) in proceeding, *proprio motu* and in the absence of the required notice under s. 109 of the *Courts of Justice Act*, to review the constitutional validity of the *Education Act*, and (2) in finding that the decision of the Tribunal contravened s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Held: The appeal should be allowed.

Per: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The purpose of s. 109 of the *Courts of Justice Act* is obvious. In our

dans une classe pour élèves en difficulté sans le consentement des parents viole-t-il les droits à l'égalité garantis à l'enfant par l'art. 15 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation peut-elle se justifier selon l'article premier? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en examinant des questions constitutionnelles en l'absence de l'avis requis par la Loi sur les tribunaux judiciaires? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15 — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 109(1) — Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 1(1), 8(3) — R.R.O. 1990, Règl. 305, art. 6.

Les intimés sont les parents d'une petite fille de 12 ans atteinte de paralysie cérébrale qui est incapable de communiquer par la parole, par le langage gestuel ou par tout autre moyen de communication, qui présente une certaine déficience visuelle et une mobilité réduite et qui utilise la plupart du temps un fauteuil roulant. Bien qu'elle ait été identifiée comme une «élève en difficulté» par un Comité d'identification, de placement et de révision («CIPR»), l'enfant a, à la demande de ses parents, été placée à l'essai à l'école de son voisinage. Une éducatrice adjointe à temps plein, dont la fonction principale était de s'occuper des besoins de l'enfant, a été assignée à sa salle de classe. Après trois ans, les enseignantes et les adjointes ont conclu que ce placement n'était pas dans l'intérêt de l'enfant et qu'en fait il pourrait même lui causer un préjudice. Lorsque le CIPR a décidé que l'enfant devait être placée dans une classe pour élèves en difficulté, ses parents ont interjeté appel de cette décision auprès d'une commission d'appel en matière d'éducation de l'enfance en difficulté, qui a confirmé la décision du CIPR à l'unanimité. Les parents ont interjeté appel de nouveau auprès du Tribunal de l'enfance en difficulté de l'Ontario (le «Tribunal»), qui a également confirmé la décision à l'unanimité. Ils ont ensuite présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour divisionnaire de la Cour de l'Ontario (Division générale), qui a rejeté la demande. La Cour d'appel a accueilli l'appel subséquent et a annulé l'ordonnance du Tribunal. Il s'agit en l'espèce de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur (1) en procédant de son propre chef et en l'absence de l'avis requis à l'art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* à l'examen de la constitutionnalité de la *Loi sur l'éducation* et (2) en concluant que la décision du Tribunal contrevenait à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: L'objectif de l'art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*

constitutional democracy, it is the elected representatives of the people who enact legislation. While the courts have been given the power to declare invalid laws that contravene the *Charter* and are not saved under s. 1, this is a power not to be exercised except after the fullest opportunity has been accorded to the government to support its validity. To strike down by default a law passed by and pursuant to act of Parliament or the legislature would work a serious injustice not only to the elected representatives who enacted it but also to the people. Moreover, this Court has the ultimate responsibility of determining whether an impugned law is constitutionally infirm and it is important that the Court, in making that decision, have the benefit of a record that is the result of thorough examination of the constitutional issues in the courts or tribunal from which the appeals arise.

Two conflicting strands of authority dealing with the issue of the legal effect of the absence of notice exist. One favours the view that in the absence of notice the decision is *ipso facto* invalid, while the other holds that a decision in the absence of notice is voidable upon a showing of prejudice. It is not necessary to express a final opinion as to which approach should prevail (although the former was preferred) because the decision of the Court of Appeal is invalid under either strand. No notice or any equivalent was given in this case and in fact the Attorney General and the courts had no reason to believe that the Act was under attack. Clearly, s. 109 was not complied with and the Attorney General was seriously prejudiced by the absence of notice.

While there has not been unanimity in the judgments of the Court with respect to all the principles relating to the application of s. 15 of the *Charter*, the s. 15 *Charter* issue can be resolved on the basis of principles in respect of which there is no disagreement. Before a violation of s. 15 can be found, the claimant must establish that the impugned provision creates a distinction on a prohibited or analogous ground which withholds an advantage or benefit from, or imposes a disadvantage or burden on, the claimant. The principles that not every distinction on a prohibited ground will constitute discrimination and that, in general, distinctions based on presumed rather than actual characteristics are the hallmarks of discrimination have particular significance when applied to physical and mental disability.

est évident. Dans notre démocratie constitutionnelle, ce sont les représentants élus du peuple qui adoptent les lois. Bien que les tribunaux aient reçu le pouvoir de déclarer invalides les lois qui contreviennent à la *Charte* et qui ne sont pas sauvegardées en vertu de l'article premier, c'est un pouvoir qui ne doit être exercé qu'après que le gouvernement a vraiment eu l'occasion d'en soutenir la validité. Annuler par défaut une disposition législative adoptée par le Parlement ou une législature causerait une injustice grave non seulement aux représentants élus qui l'ont adoptée mais également au peuple. En outre, notre Cour a la responsabilité ultime de déterminer si une loi contestée est inconstitutionnelle, et il est important que, pour rendre cette décision, la Cour dispose d'un dossier qui résulte d'un examen en profondeur des questions constitutionnelles soulevées devant les cours ou le tribunal dont les jugements sont portés en appel.

Il existe deux tendances jurisprudentielles contradictoires en ce qui concerne la question de l'effet juridique de l'absence d'avis. Une première tendance favorise l'opinion selon laquelle, en l'absence d'avis, la décision est *ipso facto* invalide, tandis qu'une autre tendance soutient qu'en l'absence d'avis, une décision est annulable sur preuve de l'existence d'un préjudice. Il n'est pas nécessaire d'exprimer une opinion définitive sur l'approche qui devrait prévaloir (bien que les tribunaux aient opté pour la première) parce que la décision de la Cour d'appel n'est pas valide selon l'une ou l'autre tendance. Aucun avis ou quelque équivalent n'a été donné en l'espèce et, en fait, le procureur général et les tribunaux n'avaient aucune raison de croire que la Loi était contestée. Manifestement, l'art. 109 n'a pas été respecté et le procureur général a subi un préjudice grave en raison de l'absence d'avis.

Bien qu'il n'y ait pas eu unanimité dans les arrêts rendus par la Cour en ce qui concerne tous les principes relatifs à l'application de l'art. 15 de la *Charte*, il est possible de trancher la question relative à cet article en se fondant sur les principes au sujet desquels il n'y a pas de désaccord. Avant de pouvoir déterminer qu'il y a eu violation de l'art. 15, le demandeur doit démontrer que la disposition contestée établit une distinction pour un motif illicite ou un motif analogue qui lui refuse un avantage ou un bénéfice ou lui impose un désavantage ou un fardeau. Les principes voulant que toute distinction fondée sur un motif illicite ne constitue pas une discrimination et que les distinctions fondées sur des caractéristiques plutôt que réelles soient en général les signes révélateurs de la discrimination ont une importance particulière lorsqu'ils sont appliqués à une déficience physique ou à une déficience mentale.

The principal object of certain of the prohibited grounds is the elimination of discrimination resulting from the attribution of untrue characteristics based on stereotypical attitudes relating to immutable conditions such as race or sex. In the case of disability, this is one of the objectives. The other equally important objective seeks to take into account the true characteristics of this group which act as headwinds to the enjoyment of society's benefits and to accommodate them. Exclusion from the mainstream of society results from the construction of a society based solely on "mainstream" attributes to which the disabled will never be able to gain access. It is the failure to make reasonable accommodation, to fine-tune society so that its structures and assumptions do not prevent the disabled from participation, which results in discrimination against the disabled. The discrimination inquiry which uses "the attribution of stereotypical characteristics" reasoning is simply inappropriate here. It is recognition of the actual characteristics and reasonable accommodation of these characteristics which is the central purpose of s. 15(1) in relation to disability.

Disability, as a prohibited ground, differs from other enumerated grounds such as race or sex because there is no individual variation with respect to these grounds. Disability means vastly different things, however, depending upon the individual and the context. This produces, among other things, the "difference dilemma" whereby segregation can be both protective of equality and violative of equality depending upon the person and the state of disability.

The Tribunal set out to decide which placement was superior, balanced the child's various educational interests taking into account her special needs, and concluded that the best possible placement was in the special class. It also alluded to the requirement of ongoing assessment of the child's best interests so that any changes in her needs could be reflected in the placement. A decision reached after such an approach could not be considered a burden or a disadvantage imposed on a child.

For a child who is young or unable to communicate his or her needs or wishes, equality rights are being exercised on that child's behalf, usually by his or her parents. Moreover, the requirements for respecting these rights in this setting are decided by adults who have authority over this child. The decision-making body, therefore, must further ensure that its determination of

Certains des motifs illicites visent principalement à éliminer la discrimination par l'attribution de caractéristiques fausses fondées sur des attitudes stéréotypées se rapportant à des conditions immuables comme la race ou le sexe. Dans le cas d'une déficience, c'est l'un des objectifs. L'autre objectif, tout aussi important, vise à tenir compte des véritables caractéristiques de ce groupe qui l'empêchent de jouir des avantages de la société, et à s'adapter en conséquence. L'exclusion de l'ensemble de la société découle d'une interprétation de la société fondée seulement sur les attributs «de l'ensemble» auxquels les personnes handicapées ne pourront jamais avoir accès. C'est l'omission de fournir des moyens raisonnables et d'apporter à la société les modifications qui feront en sorte que ses structures et les actions prises n'entraînent pas la non-participation des personnes handicapées qui engendre une discrimination à leur égard. L'enquête sur la discrimination qui recourt au raisonnement fondé sur «l'attribution de caractéristiques stéréotypées» est tout simplement inappropriée dans le cas présent. C'est la reconnaissance des caractéristiques réelles et l'adaptation raisonnable à celles-ci qui constituent l'objectif principal du par. 15(1) en ce qui a trait à la déficience.

La déficience, en tant que motif illicite, diffère des autres motifs énumérés tels que la race ou le sexe parce que ces motifs ne comportent aucune différence sur le plan individuel. Cependant, la déficience entraîne des différences énormes selon l'individu et le contexte. Cela engendre, entre autres, le «dilemme de la différence» selon lequel la ségrégation peut à la fois protéger l'égalité et y porter atteinte selon la personne concernée et le degré de sa déficience.

Le Tribunal a entrepris de déterminer quel genre de placement était supérieur, a mesuré les différents intérêts de l'enfant sur le plan éducationnel en tenant compte de ses besoins spéciaux et a conclu que le meilleur placement possible était dans la classe spéciale. Il a également fait allusion à la nécessité d'évaluer de façon continue l'intérêt de l'enfant, de sorte que tout changement dans ses besoins puisse se refléter dans le placement. Une décision découlant d'une telle démarche ne pourrait pas être considérée comme un fardeau ou un désavantage imposé à un enfant.

Dans le cas d'un enfant qui est jeune ou incapable de communiquer ses besoins ou ses désirs, les droits à l'égalité sont exercés au nom de cet enfant, habituellement par ses parents. De plus, les conditions requises pour le respect de ces droits dans ce cadre sont établies par des adultes qui exercent une autorité sur cet enfant. L'instance décisionnelle doit donc en outre s'assurer

the appropriate accommodation for an exceptional child be from a subjective, child-centred perspective — one which attempts to make equality meaningful from the child's point of view as opposed to that of the adults in his or her life. As a means of achieving this aim, it must also determine that the form of accommodation chosen is in the child's best interests. A decision-making body must determine whether the integrated setting can be adapted to meet the special needs of an exceptional child. Where this is not possible, that is where aspects of the integrated setting which cannot reasonably be changed interfere with meeting the child's special needs, the principle of accommodation will require a special education placement outside of this setting. For older children and those who are able to communicate their wishes and needs, their own views will play an important role in the determination of best interests. For younger children and for persons who are either incapable of making a choice or have a very limited means of communicating their wishes, the decision-maker must make this determination on the basis of the other evidence before it.

The application of a test designed to secure what is in the best interests of the child will best achieve that objective if the test is unencumbered by a *Charter*-mandated presumption favouring integration which could be displaced if the parents consented to a segregated placement. The operation of a presumption tends to render proceedings more technical and adversarial. Moreover, there is a risk that in some circumstances, the decision may be made by default rather than on the merits as to what is in the best interests of the child. That a presumption as to the best interests of a child is a constitutional imperative must be questioned given that it could be automatically displaced by the decision of the child's parents. This Court has held that the parents' view of their child's best interests is not dispositive of the question.

The child's placement which was confirmed by the Tribunal did not constitute the imposition of a burden or disadvantage nor did it constitute the withholding of a benefit or advantage. Neither the Tribunal's order nor its reasoning can be construed as a violation of s. 15. The approach that the Tribunal took is one that is authorized by the general language of s. 8(3) of the Act. In the circumstances, it is unnecessary and undesirable to consider whether the general language of s. 8(3) or the Regulations would authorize some other approach which might violate s. 15(1).

que sa décision au sujet de l'arrangement approprié dans le cas d'un enfant en difficulté soit prise dans une optique subjective et orientée vers l'enfant, qui tente de rendre l'égalité significative du point de vue de l'enfant par opposition à celui des adultes qui l'entourent. Pour atteindre ce but, elle doit également s'assurer que le genre d'arrangement choisi est dans l'intérêt de l'enfant. Une instance décisionnelle doit déterminer si le cadre intégré peut être adapté pour répondre aux besoins spéciaux d'un enfant en difficulté. Lorsque ce n'est pas possible, c'est-à-dire lorsque des aspects du cadre intégré qui ne peuvent pas raisonnablement être modifiés empêchent de répondre aux besoins spéciaux de l'enfant, le principe de l'arrangement exigera un placement spécial à l'extérieur de ce cadre. Dans le cas des enfants plus âgés et de ceux qui peuvent communiquer leurs désirs et leurs besoins, leur opinion jouera un rôle important dans la détermination de leur intérêt. Dans le cas des enfants plus jeunes et de ceux qui sont incapables de faire un choix ou ont des moyens très limités de communiquer leurs désirs, l'instance décisionnelle doit prendre cette décision en tenant compte des autres éléments de preuve portés à sa connaissance.

L'application d'un critère conçu afin de s'assurer de ce qui est dans l'intérêt de l'enfant atteindra mieux cet objectif si le critère est libre d'une présomption imposée par la *Charte* en faveur de l'intégration qui pourrait être écartée si les parents donnent leur consentement à un placement dans un milieu à part. L'application d'une présomption tend à rendre la procédure plus technique et plus accusatoire. En outre, il y a un risque que, dans certains cas, la décision soit prise par défaut plutôt qu'au fond quant à ce qui est dans l'intérêt de l'enfant. Il faut également mettre en doute l'opinion selon laquelle une présomption relative à l'intérêt d'un enfant s'impose sur le plan constitutionnel, étant donné que la présomption pourrait être automatiquement écartée par la décision des parents de l'enfant. Notre Cour a conclu que ce n'est pas l'opinion des parents quant à l'intérêt de leur enfant qui tranche la question.

Le placement de l'enfant qui a été confirmé par le Tribunal ne constituait pas l'imposition d'un fardeau ou d'un désavantage ni par ailleurs le refus d'un avantage ou bénéfice. Ni l'ordonnance du Tribunal ni le raisonnement qu'il a suivi ne peuvent s'interpréter comme une violation de l'art. 15. La démarche retenue par le Tribunal est autorisée par le libellé général du par. 8(3) de la Loi. Dans les circonstances, il n'est ni nécessaire ni souhaitable de se demander si le libellé général du par. 8(3) ou du Règlement autoriserait une autre démarche, qui pourrait violer le par. 15(1).

Per: Lamer C.J. and Gonthier J.: Sopinka J.'s analysis of the arguments made under s. 15(1) of the *Charter* and his conclusion that the child's equality rights were not violated were agreed with.

Slaight Communications Inc. v. Davidson was incorrectly applied below in that the Court of Appeal found the constitutional imperfection of the *Education Act* to reside in what the Act does not say — the statute must authorize what it does not explicitly prohibit, including unconstitutional conduct. *Slaight Communications*, however, held exactly the opposite — that statutory silences should be read down to not authorize breaches of the *Charter*, unless this cannot be done because such an authorization arises by necessary implication. Whatever section of the Act or of Regulation 305 grants the authority to the Tribunal to place exceptional students, *Slaight Communications* would require that any open-ended language in that provision (if there were any) be interpreted so as to not authorize breaches of the *Charter*.

Cases Cited

By Sopinka J.

Considered: *D.N. v. New Brunswick (Minister of Health & Community Services)* (1992), 127 N.B.R. (2d) 383; *Ontario (Workers' Compensation Board) v. Mandelbaum, Spergel Inc.* (1993), 12 O.R. (3d) 385; *R. v. Beare*; *R. v. Higgins* (1987), 31 C.R.R. 118; *Citation Industries Ltd. v. C.J.A., Loc. 1928* (1988), 53 D.L.R. (4th) 360; **referred to:** *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Roberts v. Sudbury (City)*, Ont. H.C., June 22, 1987, unreported; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315.

By Lamer C.J.

Considered: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1), (2).

Le juge en chef Lamer et le juge Gonthier: L'analyse du juge Sopinka sur les arguments présentés relativement au par. 15(1) de la *Charte* et sa conclusion selon laquelle il n'y a pas eu atteinte aux droits à l'égalité de l'enfant sont acceptées.

L'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson* a été appliqué de façon erronée par la juridiction inférieure en ce sens que la Cour d'appel a conclu que la faiblesse de la *Loi sur l'éducation* sur le plan constitutionnel réside dans ce qu'elle ne dit pas — la loi autorise ce qu'elle n'interdit pas expressément, y compris un comportement inconstitutionnel. Toutefois, l'arrêt *Slaight Communications* soutient exactement le contraire — c'est-à-dire qu'il faut donner aux silences des textes de loi l'interprétation atténuée selon laquelle ces textes n'autorisent pas les atteintes à la *Charte*, à moins que cela ne soit pas possible parce qu'une telle autorisation s'impose par implication nécessaire. Quel que soit l'article de la Loi ou du Règlement 305 qui confère au Tribunal le pouvoir de placer des élèves en difficulté, l'arrêt *Slaight Communications* exigerait que tout libellé non limitatif utilisé dans cette disposition (le cas échéant) soit interprété comme n'autorisant pas des atteintes à la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts examinés: *D.N. c. New Brunswick (Minister of Health & Community Services)* (1992), 127 R.N.-B. (2^e) 383; *Ontario (Workers' Compensation Board) c. Mandelbaum, Spergel Inc.* (1993), 12 O.R. (3d) 385; *R. c. Beare*; *R. c. Higgins* (1987), 31 C.R.R. 118; *Citation Industries Ltd. c. C.J.A., Loc. 1928* (1988), 53 D.L.R. (4th) 360; **arrêts mentionnés:** *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Roberts c. Sudbury (City)*, H.C. Ont., 22 juin 1987, inédit; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *E. (Mme) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt examiné: *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1), (2).

Constitutional Question Act, R.S.B.C. 1979, c. 63.
Constitutional Questions Act, R.S.S. 1978, c. C-29.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 109(1).
Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, ss. 1(1), 8(3).
Education Act, 1974, S.O. 1974, c. 109, s. 34(1).
Education Amendment Act, 1980, S.O. 1980, c. 61.
Family Services Act, S.N.B. 1980, c. F-2.2.
Identification of Criminals Act, R.S.C. 1970, c. I-1.
Judicature Act, R.S.N.B. 1973, c. J-2, s. 22.
Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19.
 R.R.O. 1990, Reg. 305, s. 6(1), (2).
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 45.

Authors Cited

Ontario. Department of Health. *A Report to the Minister of Health on Present Arrangements for the Care and Supervision of Mentally Retarded Persons in Ontario*. By Walter B. Williston. Toronto: 1971.
 Ontario. Ministry of Education. *Special Education Information Handbook*. Toronto: 1984.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 22 O.R. (3d) 1, 123 D.L.R. (4th) 43, 77 O.A.C. 368, 27 C.R.R. (2d) 53, [1995] O.J. No. 315 (QL), allowing an appeal from a judgment of the Divisional Court (1994), 71 O.A.C. 69, [1994] O.J. No. 203 (QL), dismissing an application for judicial review of a decision of the Ontario Special Education Tribunal. Appeal allowed.

Christopher G. Riggs, Q.C., Andrea F. Raso and Brenda J. Bowlby, for the appellant the Brant County Board of Education.

Dennis W. Brown, Robert E. Charney and John Zarudny, for the appellant the Attorney General for Ontario.

Stephen Goudge, Q.C., and Janet L. Budgell, for the respondents.

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

Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19.
Constitutional Question Act, R.S.B.C. 1979, ch. 63.
Constitutional Questions Act, R.S.S. 1978, ch. C-29.
Education Act, 1974, S.O. 1974, ch. 109, art. 34(1).
Education Amendment Act, 1980, S.O. 1980, ch. 61.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 45.
Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 1(1), 8(3).
Loi sur les services à la famille, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 109(1).
Loi sur l'identification des criminels, S.R.C. 1970, ch. I-1.
Loi sur l'organisation judiciaire, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, art. 22.
 R.R.O. 1990, Règl. 305, art. 6(1), (2).

Doctrine citée

Ontario. Department of Health. *A Report to the Minister of Health on Present Arrangements for the Care and Supervision of Mentally Retarded Persons in Ontario*. By Walter B. Williston. Toronto: 1971.
 Ontario. Ministère de l'Éducation. *Éducation de l'enfance en difficulté: manuel d'information*. Toronto: 1984.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 22 O.R. (3d) 1, 123 D.L.R. (4th) 43, 77 O.A.C. 368, 27 C.R.R. (2d) 53, [1995] O.J. No. 315 (QL), qui a accueilli un appel contre un jugement de la Cour divisionnaire (1994), 71 O.A.C. 69, [1994] O.J. No. 203 (QL), qui avait rejeté une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par le Tribunal de l'enfance en difficulté de l'Ontario. Pourvoi accueilli.

Christopher G. Riggs, c.r., Andrea F. Raso et Brenda J. Bowlby, pour l'appelant le Conseil scolaire du comté de Brant.

Dennis W. Brown, Robert E. Charney et John Zarudny, pour l'appelant le procureur général de l'Ontario.

Stephen Goudge, c.r., et Janet L. Budgell, pour les intimés.

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

Written submissions only by *Lisa Mrozinski* for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *Cheryl Milne* for the interveners the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law and the Learning Disabilities Association of Ontario.

Brenda J. Bowlby, for the intervener the Ontario Public School Boards' Association.

W. I. C. Binnie, Q.C., and *Robert Fenton*, for the intervener the Down Syndrome Association of Ontario.

David W. Kent, Melanie A. Yach and *Geri Sanson*, for the interveners the Council of Canadians with Disabilities, the Confédération des organismes de personnes handicapées du Québec, the Canadian Association for Community Living and People First of Canada.

Mary Eberts and *Lucy K. McSweeney*, for the intervener the Easter Seal Society.

Philippe Robert de Massy, for the intervener the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

The reasons of Lamer C.J. and Gonthier J. were delivered by

1 THE CHIEF JUSTICE — I concur with Justice Sopinka's analysis of the arguments made under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and his conclusion that there was no violation of Emily Eaton's equality rights. However, I wish to address briefly an issue which he has chosen not to explore in light of his conclusion on s. 15(1) — the incorrect manner in which the court below applied my judgment in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, to find that the source of the alleged discrimination against Emily Eaton was the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2. Although it is, strictly speaking, unnecessary to address this question, because the *Charter* was not violated, I think it important that I address it because I do not want to leave the

Argumentation écrite seulement par *Lisa Mrozinski* pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Cheryl Milne* pour les intervenantes la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law et la Learning Disabilities Association of Ontario.

Brenda J. Bowlby, pour l'intervenante l'Association des conseils scolaires publics de l'Ontario.

W. I. C. Binnie, c.r., et *Robert Fenton*, pour l'intervenante l'Association Syndrome Down de l'Ontario.

David W. Kent, Melanie A. Yach et *Geri Sanson*, pour les intervenants le Conseil des Canadiens avec déficiences, la Confédération des organismes de personnes handicapées du Québec, l'Association canadienne pour l'intégration communautaire et Les personnes d'abord du Canada.

Mary Eberts et *Lucy K. McSweeney*, pour l'intervenante la Société du timbre de Pâques.

Philippe Robert de Massy, pour l'intervenante la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge Gonthier rendus par

LE JUGE EN CHEF — Je suis d'accord avec l'analyse du juge Sopinka sur les arguments présentés relativement au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et avec sa conclusion selon laquelle il n'y a pas eu atteinte aux droits à l'égalité d'Emily Eaton. Je désire toutefois aborder brièvement une question qu'il a choisi de ne pas examiner, compte tenu de sa conclusion sur le par. 15(1) — la façon erronée dont la juridiction inférieure a appliqué le jugement que j'ai rendu dans l'affaire *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, pour en arriver à la décision que la source de la discrimination alléguée envers Emily Eaton était la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2. Bien qu'il ne soit pas nécessaire, à strictement parler, de traiter de cette question,

impression that I believe this portion of the Court of Appeal's judgment was correct.

To understand how the Court of Appeal (1995), 22 O.R. (3d) 1, erred in its application of *Slaight Communications*, it is necessary to recapitulate briefly an aspect of the proceedings in that court. After having found that the separate placement of Emily Eaton violated s. 15(1) of the *Charter*, Arbour J.A. went on to consider the source of the discrimination. This issue arose because the order to place Emily Eaton in a special classroom was taken pursuant to the regime for special education which is centred on the *Education Act*, but was made by an administrative tribunal, the Ontario Special Education Tribunal. However, Arbour J.A. characterized the respondents' argument as an attack neither on the Act, nor on the order of the Tribunal, but on the reasoning of the Tribunal. Then, citing *Slaight Communications*, she went on to hold at p. 19 that the "legislative scheme provides no impediment to the method and reasoning employed by the IPRC, Appeal Board and Tribunal", and for that reason was unconstitutional.

Arbour J.A.'s judgment can be summarized as follows — the constitutional imperfection of the *Education Act* resides in what it does not say; what it does not prohibit explicitly, the statute must authorize, including unconstitutional conduct. However, in *Slaight Communications*, where I dissented in the result but spoke for the majority on this very issue, I held exactly the opposite — that statutory silences should be read down to not authorize breaches of the *Charter*, unless this cannot be done because such an authorization arises by necessary implication. I developed this principle in the context of administrative tribunals which operate pursuant to broad grants of statutory powers, and which can potentially violate *Charter* rights. Whatever section of the Act or of Regulation 305, R.R.O. 1990, grants the authority to the Tribunal to place students like Emily Eaton — a

parce qu'il n'y a pas eu violation de la *Charte*, je crois qu'il est important que je le fasse car je ne veux pas laisser l'impression que j'estime correcte cette partie du jugement de la Cour d'appel.

Pour comprendre comment la Cour d'appel (1995), 22 O.R. (3d) 1, a commis une erreur en appliquant l'arrêt *Slaight Communications*, il faut résumer brièvement l'un des aspects de la procédure qui s'est déroulée devant cette cour. Après avoir conclu que le placement d'Emily Eaton dans un milieu à part violait le par. 15(1) de la *Charte*, le juge Arbour a examiné la source de la discrimination. Cette question s'est posée parce que l'ordonnance prévoyant le placement d'Emily Eaton dans une classe spéciale a été prise conformément au régime d'éducation de l'enfance en difficulté qui est centré sur la *Loi sur l'éducation*, mais qu'elle a été rendue par un tribunal administratif, soit le Tribunal de l'enfance en difficulté de l'Ontario. Cependant, le juge Arbour a considéré que les intimés ne contestaient ni la Loi ni l'ordonnance du Tribunal, mais le raisonnement suivi par le Tribunal. Alors, citant l'arrêt *Slaight Communications*, elle a statué, à la p. 19, que [TRADUCTION] «le système législatif ne prévoit aucun obstacle à la méthode et au raisonnement suivis par le CIPR, la commission d'appel et le Tribunal» et que, pour ce motif, il était inconstitutionnel.

Le jugement rendu par le juge Arbour peut se résumer ainsi — la faiblesse de la *Loi sur l'éducation* sur le plan constitutionnel réside dans ce qu'elle ne dit pas; ce qu'elle n'interdit pas expressément, la loi l'autorise, y compris un comportement inconstitutionnel. Toutefois, dans l'arrêt *Slaight Communications*, où j'étais dissident quant au résultat mais où j'ai exprimé l'opinion de la majorité sur cette question, j'ai soutenu exactement le contraire — c'est-à-dire qu'il faut donner aux silences des textes de loi l'interprétation atténuée selon laquelle ces textes n'autorisent pas les atteintes à la *Charte*, à moins que cela ne soit pas possible parce qu'une telle autorisation s'impose par implication nécessaire. J'ai élaboré ce principe dans le contexte des tribunaux administratifs qui fonctionnent conformément aux vastes pouvoirs qui leur sont conférés par la loi et qui peuvent

question which I need not address — *Slaight Communications* would require that any open-ended language in that provision (if there were any) be interpreted so as to not authorize breaches of the *Charter*.

4 For the reasons stated above, I agree with Sopinka J. in his disposition of this appeal.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

5 SOPINKA J. — The issue in this case is whether a decision of the Ontario Special Education Tribunal (the “Tribunal”) confirming the placement of a disabled child in a special education class contrary to the wishes of her parents contravenes the equality provisions of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court of Appeal held that it did. I have concluded that the decision of the Tribunal was based on what was in the best interests of the child and that in the circumstances no violation of s. 15(1) of the *Charter* occurred. The Court of Appeal went on to consider the validity of s. 8 of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2 (the “Act”), and found it to be constitutionally deficient in authorizing the Tribunal to proceed as it did. No notice of a constitutional question had been given in accordance with s. 109 of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43. I conclude that the constitutional issue was not open to the Court of Appeal but, in any event, in view of the fact that the decision of the Tribunal complied with s. 15(1) of the *Charter*, it was not necessary to consider whether s. 8 was constitutionally valid.

Facts

6 The respondents, Carol and Clayton Eaton, are the parents of Emily Eaton, a 12-year-old girl with cerebral palsy. Emily is unable to speak, or to use

éventuellement violer des droits garantis par la *Charte*. Quel que soit l'article de la Loi ou du Règlement 305, R.R.O. 1990, qui confère au Tribunal le pouvoir de placer des élèves comme Emily Eaton — question dont je n'ai pas à traiter —, l'arrêt *Slaight Communications* exigerait que tout libellé non limitatif utilisé dans cette disposition (le cas échéant) soit interprété comme n'autorisant pas les atteintes à la *Charte*.

Pour les motifs mentionnés ci-dessus, je suis d'accord avec le juge Sopinka quant au dispositif du présent pourvoi.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE SOPINKA — Il s'agit en l'espèce de savoir si une décision du Tribunal de l'enfance en difficulté de l'Ontario (le «Tribunal»), qui a confirmé le placement d'une enfant handicapée dans une classe pour élèves en difficulté contre le gré de ses parents contrevient aux dispositions relatives à l'égalité du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel a jugé qu'il y contrevenait. J'ai conclu que la décision du Tribunal était fondée sur le meilleur intérêt de l'enfant et que, dans les circonstances, il n'y avait pas eu violation du par. 15(1) de la *Charte*. La Cour d'appel a ensuite examiné la validité de l'art. 8 de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2 (la «Loi»), et a considéré qu'il présente une lacune sur le plan constitutionnel en ce qu'il autorise le Tribunal à agir comme il l'a fait. Aucun avis de question constitutionnelle n'avait été signifié comme l'exige l'art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43. À mon avis, la Cour d'appel ne pouvait pas se prononcer sur la question constitutionnelle, mais, de toute façon, comme la décision du Tribunal était conforme au par. 15(1) de la *Charte*, il n'était pas nécessaire d'examiner si l'art. 8 est constitutionnel.

Les faits

Les intimés, Carol et Clayton Eaton, sont les parents d'Emily Eaton, une petite fille de 12 ans atteinte de paralysie cérébrale. Emily est incapable

sign language meaningfully. She has no established alternative communication system. She has some visual impairment. Although she can bear her own weight and can walk a short distance with the aid of a walker, she mostly uses a wheelchair.

When she began kindergarten, Emily attended Maple Avenue School, which is her local public school. The Identification, Placement and Review Committee ("IPRC") of the Brant County Board of Education (the "appellant") identified Emily as an "exceptional pupil" and, at the request of her parents, determined that she should be placed on a trial basis in her neighbourhood school. A full-time educational assistant, whose principal function was to attend to Emily's special needs, was assigned to her classroom. At the end of the school year, the IPRC determined that Emily would continue in kindergarten for the following year. This arrangement was continued into Grade 1. A number of concerns arose as to the appropriateness of her continued placement in a regular classroom. The teachers and assistants concluded, after three years of experience, that the placement was not in Emily's best interests and might well harm her.

The IPRC determined that Emily should be placed in a special education class. Emily's parents appealed this decision to a Special Education Appeal Board, which unanimously confirmed the IPRC decision. The parents appealed again to the Tribunal, which also unanimously confirmed the decision. The Tribunal heard from a large group of witnesses and made numerous findings of fact which are described below. The parents then applied for judicial review to the Divisional Court, Ontario Court of Justice (General Division), which dismissed the application. However, the Court of Appeal allowed the subsequent appeal and set aside the Tribunal's order. The court held that s. 8 of the Act should be read to include a direction that, unless the parents of a disabled child consent to the placement of that child in a segregated environment, the appellant must provide a placement

de parler ou d'utiliser le langage gestuel de façon à se faire comprendre. Elle ne dispose d'aucun autre moyen de communication établi. Elle présente également une certaine déficience visuelle. Bien qu'elle puisse se supporter et parcourir une courte distance à l'aide d'une marchette, elle utilise la plupart du temps un fauteuil roulant.

Lorsqu'elle est entrée à la maternelle, Emily fréquentait l'école Maple Avenue, qui est son école publique locale. Le Comité d'identification, de placement et de révision en éducation de l'enfance en difficulté («CIPR») du Conseil scolaire du comté de Brant («l'appelant») a considéré Emily comme une «élève en difficulté» et, à la demande de ses parents, il a décidé qu'elle devait être placée à l'essai à l'école de son voisinage. Une éducatrice adjointe à temps plein, dont la fonction principale était de s'occuper des besoins spéciaux d'Emily, a été assignée à sa salle de classe. À la fin de l'année scolaire, le CIPR a décidé qu'Emily continuerait à la maternelle l'année suivante. Cet arrangement a été reconduit en première année. Des doutes ont été soulevés quant à l'à-propos de continuer à la placer dans une salle de classe ordinaire. Les enseignantes et les adjointes ont conclu, après un essai de trois ans, que ce placement n'était pas dans l'intérêt d'Emily et pourrait même lui causer un préjudice.

Le CIPR a décidé qu'Emily devait être placée dans une classe pour élèves en difficulté. Ses parents ont interjeté appel de cette décision auprès d'une commission d'appel en matière d'éducation de l'enfance en difficulté, qui a confirmé la décision du CIPR à l'unanimité. Les parents ont interjeté appel de nouveau auprès du Tribunal, qui a également confirmé la décision à l'unanimité. Le Tribunal a entendu les dépositions de nombreux témoins et est arrivé à diverses conclusions de fait qui sont exposées ci-après. Les parents ont ensuite présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour divisionnaire de la Cour de l'Ontario (Division générale), qui a rejeté la demande. Cependant, la Cour d'appel a accueilli l'appel subséquent et a annulé l'ordonnance du Tribunal. La cour a jugé que l'art. 8 de la Loi devrait s'interpréter de façon à comprendre une directive selon laquelle, à moins

that is the least exclusionary from the mainstream and still reasonably capable of meeting the child's special needs. The court also ordered that the matter be remitted to a differently constituted Tribunal for rehearing. With leave of this Court, the appellant appealed from that decision. Shortly after the conclusion of argument, the Court gave judgment allowing the appeal with costs and with reasons to follow.

II. Relevant Statutory Provisions

9 In the *Education Act*, exceptional pupils are defined as follows:

1. — (1) . . .
 “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 . . . of the board. . . .

10 Section 8(3) sets out the Minister of Education's responsibility for the provision of special education in Ontario:

8. . . .

(3) The Minister shall ensure that all exceptional children in Ontario have available to them, in accordance with this Act and the regulations, appropriate special education programs and special education services without payment of fees by parents or guardians resident in Ontario, and shall provide for the parents or guardians to appeal the appropriateness of the special education placement, and for these purposes the Minister shall,

(a) require school boards to implement procedures for early and ongoing identification of the learning abilities and needs of pupils, and shall prescribe standards in accordance with which such procedures be implemented; and

(b) in respect of special education programs and services, define exceptionalities of pupils, and prescribe classes, groups or categories of exceptional pupils, and

que les parents d'un enfant handicapé ne consentent au placement de cet enfant dans un milieu à part, l'appelant doit prévoir un placement qui exclut l'enfant le moins possible de l'enseignement ordinaire tout en répondant raisonnablement à ses besoins spéciaux. La cour a également ordonné que l'affaire soit renvoyée pour une nouvelle audition à un tribunal constitué différemment. Avec l'autorisation de notre Cour, l'appelant s'est pourvu de cette décision. Peu après la fin des plaidoiries, la Cour a rendu jugement, accueilli le pourvoi avec dépens et indiqué que les motifs suivraient.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Dans la *Loi sur l'éducation*, les élèves en difficulté sont définis de la façon suivante:

1 (1) . . .
 «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 [...] dans un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté offert par le conseil . . .

Le paragraphe 8(3) établit la responsabilité du ministre de l'Éducation en ce qui concerne l'enfance en difficulté en Ontario:

8 . . .

(3) Le ministre veille à ce que les enfants en difficulté de l'Ontario puissent bénéficier, conformément à la présente loi et aux règlements, de programmes d'enseignement et de services destinés à l'enfance en difficulté qui soient appropriés et pour lesquels les parents ou tuteurs résidents de l'Ontario ne soient pas obligés d'acquitter de droits. Il prévoit la possibilité, pour les parents et les tuteurs, d'en appeler de l'à-propos du placement d'un élève dans un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté et, à ces fins, le ministre:

a) exige que les conseils scolaires mettent en œuvre des méthodes d'identification précoce et continue de l'aptitude à apprendre et des besoins des élèves, et il fixe des normes régissant la mise en œuvre de ces méthodes;

b) définit les anomalies des élèves en ce qui concerne les programmes d'enseignement et les services destinés à l'enfance en difficulté, établit des classes, groupes ou

require boards to employ such definitions or use such prescriptions as established under this clause.

Regulation 305 (Special Education Identification Placement and Review Committees and Appeals), R.R.O. 1990, under the *Education Act*, requires that every board of education set up an IPRC and establishes the process by which exceptional students are identified and placed, and the process by which parents may appeal the IPRC's decision.

6. — (1) An exceptional pupil shall not be placed in a special education program without the written consent of a parent of the pupil.

(2) Where a parent of an exceptional pupil,

(a) refuses or fails to consent to the placement recommended by a committee and to give notice of appeal under section 4; and

(b) has not instituted proceedings in respect of the determinations of the committee within thirty days of the date of the written statement prepared by the committee,

the board may direct the appropriate principal to place the exceptional pupil as recommended by the committee and to notify a parent of the pupil of the action that has been taken.

The *Courts of Justice Act*, s. 109(1), states that:

109. — (1) Where the constitutional validity or constitutional applicability of an Act of the Parliament of Canada or the Legislature or of a regulation or by-law made thereunder is in question, the Act, regulation or by-law shall not be adjudged to be invalid or inapplicable unless notice has been served on the Attorney General of Canada and the Attorney General of Ontario in accordance with subsection (2).

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15, states that:

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

catégories d'élèves en difficulté, et exige que les conseils utilisent les définitions ou les classements établis aux termes du présent alinéa.

Le Règlement 305 (Special Education Identification Placement and Review Committees and Appeals), R.R.O. 1990, pris sous le régime de la *Loi sur l'éducation*, exige que chaque conseil scolaire constitue un CIPR et élabore le processus selon lequel les élèves en difficulté seront identifiés et placés ainsi que celui selon lequel les parents peuvent interjeter appel de la décision du CIPR.

[TRADUCTION]

6 (1) L'élève en difficulté n'est placé dans un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté qu'avec le consentement écrit de l'un de ses parents.

(2) Lorsque l'un des parents de l'élève en difficulté

a) refuse ou omet de donner son consentement au placement recommandé par un comité et de donner un avis d'appel conformément à l'article 4; et

b) n'a pas intenté de procédures relativement aux décisions du comité dans les trente jours suivant la date de la déclaration écrite rédigée par le comité,

le conseil peut ordonner au directeur d'école approprié de placer l'élève en difficulté selon la recommandation du comité et de notifier l'un des parents de l'élève de la mesure qui a été prise.

Le paragraphe 109(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* dispose:

109 (1) Une loi du Parlement du Canada ou de la Législature, ou un règlement ou règlement municipal pris sous leur régime, dont la constitutionnalité ou l'applicabilité constitutionnelle est en cause, ne peuvent être déclarés invalides ou inapplicables, à moins qu'un avis n'ait été signifié au procureur général du Canada et au procureur général de l'Ontario conformément au paragraphe (2).

L'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit:

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

ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

III. Judgments in Appeal

Tribunal

The respondents requested that the Tribunal set aside the placement decision of the IPRC, and asked that the Tribunal direct that Emily be placed full time, in a regular, age-appropriate class, with full accommodation of her special needs. The Tribunal heard from the respondents, speech, occupational and physical therapists familiar with Emily, parents of some of Emily's classmates, a witness who, himself, had received a segregated education before high school, Emily's teachers, special assistants and principal at Maple Avenue School, the Board Superintendent, and a special education teacher with the Board.

The Tribunal stated the principal question as "whether Emily Eaton's special needs can be met best in a regular class or in a special class". The Tribunal considered the wishes of Emily's parents; the empirical evidence available from Emily's three school years in a regular classroom setting; the evidence from the literature on placement; the testimony of experts in the matter of classroom placement; the Ontario Ministry of Education and Training's proposed directions regarding the integration of exceptional pupils; and the *Charter* and Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19,

fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

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

III. Les jugements portés en appel

Le Tribunal

Les intimés ont demandé au Tribunal d'annuler la décision du CIPR relative au placement et d'ordonner qu'Emily soit placée à temps plein dans une classe ordinaire appropriée à son âge, où l'on puisse répondre tout à fait à ses besoins spéciaux. Le Tribunal a entendu les dépositions des intimés, d'orthophonistes, d'ergothérapeutes et de physiothérapeutes qui connaissaient Emily, des parents de certains camarades de classe d'Emily, d'un témoin qui avait lui-même reçu son instruction dans un milieu à part avant de fréquenter l'école secondaire, d'enseignantes d'Emily, d'adjointes spéciales et du directeur de l'école Maple Avenue, du président du conseil scolaire et d'un professeur pour l'enfance en difficulté travaillant pour le conseil.

Le Tribunal a déclaré que la question principale était de [TRADUCTION] «savoir s'il est possible de mieux répondre aux besoins spéciaux d'Emily Eaton dans une classe ordinaire ou dans une classe spéciale». Le Tribunal a pris en considération les désirs des parents d'Emily, les éléments de preuve empiriques fournis par les trois années scolaires pendant lesquelles Emily a évolué dans le cadre d'une classe ordinaire, la preuve tirée de la documentation sur les placements, les témoignages d'experts en matière de placement dans les classes, les directives proposées par le ministre de l'Éducation et de la Formation de l'Ontario au sujet de l'intégration des élèves en difficulté, ainsi que la *Charte* et le *Code des droits de la personne* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19, pour arriver à la

in reaching its conclusion that the IPRC placement decision was the best placement for Emily.

The Tribunal observed at the outset that it is the extent of Emily's special needs which provokes consideration of a special placement, and not the fact that her needs are different from the mainstream. The Tribunal then reviewed Emily's needs under a number of headings and made numerous findings of fact upon which it based its decision.

Intellectual and Academic Needs: Despite the difficulty in assessing Emily's intellectual abilities owing to her inability to communicate, the Tribunal nevertheless found that there was considerable evidence that Emily had a profound learning deficit, and that there was a wide and significant intellectual and academic gap between her and her peers. The Tribunal considered the testimony presented on the subject of the "parallel curriculum" approach in which an adapted curriculum is delivered in the regular classroom setting. However, the Tribunal concluded that "[e]xperience demonstrates that in practice, 'parallel curriculum' benefits the receiver when it is realistically parallel. But when a curriculum is so adapted and modified for an individual that the similarity — the parallelism — is objectively unidentifiable, the adaptation becomes mere artifice and serves only to isolate the student". The Tribunal concluded that it was clear from the evidence that "a 'parallel' learning program specifically designed to meet [Emily's] intellectual needs, isolates her in a dis-serving and potentially insidious way".

Communication Needs: Emily has very limited abilities to communicate. Carol Eaton and Emily's educational assistants testified "that to learn sign, Emily needs repetitive, hand-over-hand instruction". The evidence suggested that despite this approach, Emily cannot yet communicate using sign. The importance of communication was emphasized by the Eatons' witness, Robert Wil-

conclusion que le placement imposé dans la décision du CIPR était le meilleur placement pour Emily.

Le Tribunal a fait remarquer dès le départ que c'est l'ampleur des besoins spéciaux d'Emily qui force à envisager un placement spécial et non pas le fait que ses besoins diffèrent de ceux de la majorité des élèves. Il a ensuite examiné les besoins d'Emily sous de nombreux aspects et est arrivé à diverses conclusions de fait sur lesquelles il a fondé sa décision.

Les besoins sur les plans intellectuel et scolaire: Malgré qu'il soit difficile d'évaluer les aptitudes intellectuelles d'Emily en raison de son incapacité de communiquer, le Tribunal a jugé que de très nombreux éléments de preuve indiquaient qu'elle a un grave problème d'apprentissage et qu'il existe un énorme fossé sur les plans intellectuel et scolaire entre elle et ses pairs. Le Tribunal a tenu compte du témoignage présenté au sujet de la méthode du [TRADUCTION] «programme d'études parallèle» dans le cadre duquel un programme d'études adapté est donné dans une classe ordinaire. Toutefois, le Tribunal a jugé que [TRADUCTION] «[l']expérience montre que, en pratique, le «programme d'études parallèle» profite au bénéficiaire lorsque le parallélisme est réaliste. Cependant, lorsqu'un programme d'études est tellement adapté et modifié pour une personne que la similarité — le parallélisme — ne peut pas être identifié objectivement, l'adaptation devient un simple artifice et ne sert qu'à isoler l'élève». Le Tribunal a conclu qu'il ressortait clairement de la preuve [TRADUCTION] «qu'un programme d'études "parallèle" conçu spécialement pour répondre [aux] besoins intellectuels [d'Emily] l'isole à son détriment, et ce, d'une manière qui peut être insidieuse».

Les besoins sur le plan de la communication: Emily a des aptitudes à communiquer qui sont très limitées. Carol Eaton et les éducatrices adjointes d'Emily ont témoigné [TRADUCTION] «que, pour apprendre le langage des signes, Emily a besoin d'un enseignement par répétition et guidage de la main». La preuve portait à croire que, malgré le recours à cette méthode, Emily ne peut pas encore

16

17

18

liams, an adult with cerebral palsy who communicates by means of assistive technology. The Tribunal concluded that “Emily’s need to communicate is going to be met only with very individualized, highly specialized, extremely intense, one-on-one instruction. Because this need is of such overriding importance for Emily, it makes sense to address it, at least initially, and until she demonstrates some minimal competence, in a setting where there will be maximum opportunity for such instruction”.

communiquer par signes. L’importance de la communication a été soulignée par le témoin des Eaton, Robert Williams, un adulte atteint de paralysie cérébrale qui communique au moyen d’un dispositif technique. Selon le Tribunal, [TRADUCTION] «c’est seulement en recourant à un enseignement très individualisé, grandement spécialisé, extrêmement intensif et très personnalisé qu’on pourra répondre au besoin de communiquer d’Emily. Comme ce besoin est d’une importance tellement primordiale pour Emily, il est logique d’en tenir compte, du moins au début, et jusqu’à ce qu’elle montre une capacité minimale, dans un cadre où elle aura le plus de chances de recevoir un tel enseignement».

19 Emotional and Social Needs: The Tribunal relied on the testimony of Emily’s parents, teachers and educational assistants in assessing these needs. The teachers and educational assistants testified that Emily’s classmates tend not to involve themselves with Emily in class or at play. The Tribunal concluded that “although the empirical evidence is that there is limited, if any, interaction between Emily and her classmates, it may be possible that some of her social and emotional needs are nevertheless being met. Because she does not communicate effectively, it is conceivable that she is enjoying the experience and cannot tell us. However, her classroom behaviours — the increasing incidents of crying, sleeping and vocalization — suggest that this is not the case. There appears to be little if any, social interaction between Emily and her peers in the regular class”.

Les besoins sur les plans émotif et social: Le Tribunal s’est fondé sur les témoignages des parents, des enseignantes et des éducatrices adjointes d’Emily pour évaluer ces besoins. Les enseignantes et les éducatrices adjointes ont témoigné que les camarades de classe d’Emily ont tendance à ne pas s’occuper d’elle en classe ou dans leurs jeux. Le Tribunal s’est dit d’avis que [TRADUCTION] «bien que les éléments de preuve empiriques indiquent que l’interaction, s’il y en a, entre Emily et ses camarades de classe, soit limitée, il se peut que certains de ses besoins sur les plans social et émotif soient néanmoins comblés. Comme elle ne communique pas de façon efficace, il se peut qu’elle aime l’expérience et qu’elle ne puisse pas nous le dire. Cependant, son comportement en classe — ses pleurs, ses périodes de sommeil et de cris de plus en plus fréquents — porte à croire que ce n’est pas le cas. Il semble y avoir peu d’interactions sur le plan social, sinon aucune, entre Emily et ses pairs dans la classe ordinaire».

20 Physical and Personal Safety Needs: The Tribunal found that Emily’s physical disabilities by themselves ought not to be a deciding factor in evaluating whether her needs can be met best in a regular or special class since it is reasonable to expect that the adaptations necessary would be made in order to accommodate Emily in the regular classroom even if a special classroom may be better designed to address her special physical needs. However, the Tribunal was concerned with

Les besoins sur le plan de la sécurité physique et personnelle: Le Tribunal a jugé que les déficiences physiques d’Emily ne devraient pas être en soi un facteur déterminant pour évaluer s’il est plus facile de répondre à ses besoins dans une classe ordinaire ou une classe spéciale, puisqu’il est raisonnable de s’attendre que les adaptations nécessaires seraient effectuées pour recevoir Emily dans la classe ordinaire même si une salle de classe spéciale peut être mieux conçue pour répondre à ses besoins spé-

Emily's tendency to place objects in her mouth. Emily's parents asserted that they were not concerned, and were confident that Emily would not swallow harmful objects. The Tribunal found that "a home setting that is adjusted to a child with pervasive muscular dysfunction, and idiosyncratic communication abilities, and who regularly mouths objects, is significantly different from a regular classroom setting". The Tribunal found that it was not reasonably possible to cleanse the classroom of mouthable materials or to establish the level of adult supervision necessary in the regular, integrated classroom.

The Tribunal then considered Emily's three years of experience in the integrated classroom. The Tribunal found "that the desired outcome of integration for an exceptional child, namely, fulfilment of intellectual and especially social and emotional needs through regular and natural interaction, has not been realized in Emily's case". It observed that the frequency and intensity of Emily's expressions of discontent — crying, sleeping, vocalizing — had been increasing over the three-year period.

The Tribunal agreed that integration confers great psychological benefit on disabled children, but that in Emily's case, the three years of experience in the regular classroom with the adult intervention necessary to meet her profound needs even minimally "has the counter-productive effect of isolating her, of segregating her in the theoretically integrated setting". The Tribunal found that "this is a far more insidious outcome than would obtain in a special class".

Accordingly, the Tribunal concluded that "[i]t is our opinion that where a school board recommends placement of a child with special needs in a special class, contrary to the wishes of the parents, and where the school board has already made extensive and significant effort to accommodate the parents'

ciaux sur le plan physique. Toutefois, le Tribunal s'est inquiété de la tendance d'Emily à mettre des objets dans sa bouche. Ses parents ont prétendu qu'ils n'étaient pas inquiets et qu'ils étaient plutôt confiants qu'elle n'avalerait pas d'objets dangereux. Le Tribunal a estimé qu'un [TRADUCTION] «cadre familial adapté à une enfant qui souffre d'un dysfonctionnement profond des muscles, qui a un mode de communication qui lui est propre et qui porte régulièrement des objets à sa bouche est très différent d'une classe ordinaire». Le Tribunal a considéré qu'il n'était pas raisonnablement possible de nettoyer la salle de classe de tout ce qui peut être mis dans la bouche ou d'établir le niveau de surveillance nécessaire de la part d'un adulte dans la classe ordinaire intégrée.

Le Tribunal a ensuite examiné les trois années qu'Emily a passées dans une classe intégrée. Il a conclu [TRADUCTION] «que, dans le cas d'Emily, on n'a pas obtenu les résultats souhaités quant à l'intégration d'un enfant en difficulté, c'est-à-dire répondre à ses besoins sur les plans intellectuel et, tout spécialement, social et émotif grâce à une interaction régulière et naturelle». Il a fait remarquer que la fréquence et l'intensité des manifestations de mécontentement de la part d'Emily — pleurs, périodes de sommeil et de cris — s'étaient accrues au cours de ces trois années.

Le Tribunal était d'accord que l'intégration procure aux enfants handicapés un grand avantage sur le plan psychologique, mais que, dans le cas d'Emily, les trois années qu'elle a passées dans une classe ordinaire avec le niveau d'intervention adulte nécessaire pour répondre, même de façon minimale, à ses très grands besoins [TRADUCTION] «ont eu l'effet contraire de l'isoler, de la mettre à part dans le cadre en principe intégré». Il a estimé que [TRADUCTION] «c'est un résultat beaucoup plus insidieux que celui que l'on obtiendrait dans une classe spéciale».

Le Tribunal a donc conclu: [TRADUCTION] «Nous sommes d'avis que, lorsqu'un conseil scolaire recommande, contre le gré des parents, le placement d'un enfant ayant des besoins spéciaux dans une classe spéciale après avoir fait des efforts considérables pour tenir compte des désirs des

21

22

23

wishes by attempting to meet that child's needs in a regular class with appropriate modifications and supports, and where empirical, objective evidence demonstrates that the child's needs are not being met in the regular class, that school board is not in violation of the *Charter* or the OHRC [Ontario *Human Rights Code*]".

Ontario Divisional Court (Adams J. for the court) (1994), 71 O.A.C. 69

parents en essayant de répondre aux besoins de cet enfant dans une classe ordinaire avec les modifications et les soutiens appropriés, et lorsque des éléments de preuve empiriques et objectifs montrent qu'on ne répond pas aux besoins de l'enfant dans la classe ordinaire, ce conseil scolaire ne contrevient ni à la *Charte* ni au CDPO [*Code des droits de la personne* de l'Ontario]».

La Cour divisionnaire de l'Ontario (le juge Adams au nom de la cour) (1994), 71 O.A.C. 69

24 The respondents applied for judicial review of the Tribunal's decision and sought to quash it on several grounds. First, they argued that the Tribunal was not expert since it was protected by a privative clause of the "final and binding" style only. Second, the Tribunal committed the following errors: it conducted its own literature search after the hearing, and it failed to place a legal burden (arising from the *Charter* and Ontario *Human Rights Code*) on the Board to establish that a special education class was clearly better than a regular class for Emily.

Les intimés ont présenté une demande de contrôle judiciaire relativement à la décision du Tribunal en vue d'en obtenir l'annulation pour plusieurs motifs. Premièrement, ils ont soutenu que le Tribunal n'était pas un expert puisqu'il était protégé par une disposition privative de type [TRADUCTION] «définitive et exécutoire» seulement. Deuxièmement, le Tribunal a commis les erreurs suivantes: il a mené ses propres recherches documentaires après l'audition et il n'a pas imposé au conseil le fardeau ultime (découlant de la *Charte* et du *Code des droits de la personne* de l'Ontario) de prouver qu'une classe destinée aux élèves en difficulté était nettement mieux pour Emily qu'une classe ordinaire.

25 The court found that the specialized Tribunal had dealt comprehensively and thoughtfully with all the issues raised before it and with the central focus being what was best for Emily. Adams J. stated that the Tribunal had accepted that a regular class was to be preferred where consistent with the child's best interests and had been conscious of the *Charter* and Ontario *Human Rights Code*.

La cour a jugé que le tribunal spécialisé avait traité de façon globale et réfléchie toutes les questions soulevées devant lui ainsi que le point central qui était de savoir ce qui était le mieux pour Emily. Le juge Adams a déclaré que le Tribunal avait accepté le fait qu'il fallait opter pour une classe ordinaire lorsque cela était conforme à l'intérêt de l'enfant et qu'il avait tenu compte de la *Charte* et du *Code des droits de la personne* de l'Ontario.

26 The court held that the Tribunal was worthy of curial deference given the structure of the legislation, the subject matter, and the composition of the Tribunal, but in any event there was no error of law. The court held that the Tribunal's post-hearing review of "the literature" to which the experts generally referred did nothing more than confirm its assessment of the evidence before it and the various admissions of the applicants' experts with

La cour a statué qu'il y avait lieu de faire preuve de retenue judiciaire à l'égard du Tribunal étant donné la structure de la loi, son objet et la composition du Tribunal même, mais que, de toute façon, il n'y avait pas eu d'erreur de droit. De l'avis de la cour, l'examen que le Tribunal a effectué, après l'audition, de [TRADUCTION] «la documentation» à laquelle les experts s'étaient reportés en général ne faisait que confirmer son évaluation de la preuve présentée devant lui et les divers arguments des experts des requérants en ce qui concernait ces

regard to that research. Accordingly there was no denial of natural justice.

The court rejected the idea that the *Charter* creates a presumption in favour of one pedagogical theory over another. The issue of burden was academic in this case because the Tribunal found that the evidence clearly established that Emily's best interests would be better served in the special class.

The court echoed the Tribunal's reminder to the School Board that this placement did not relieve the Board and the parents of the obligation to collaborate creatively in a continuing effort to meet Emily's present and future needs.

Court of Appeal (Arbour J.A. for the court) (1995), 22 O.R. (3d) 1

The respondents raised several issues on appeal before the Ontario Court of Appeal. First, they contended that the Divisional Court erred in its application of the *Charter* to the process of placing disabled students in appropriate educational settings. Second, they raised a number of legal errors committed by the Tribunal which, they submitted, ought to have been reviewed by the Divisional Court.

Arbour J.A. discussed the scope of judicial review appropriate in this case. Owing to the privative clause, the subject matter of the legislation, and the composition of the Tribunal, she held that the Tribunal was worthy of curial deference. However, in constitutional matters, she held that the standard of review was one of correctness.

Arbour J.A. dealt with the alleged errors of law first and concluded at p. 8 that although the Tribunal erred in conducting its own review of the literature after the hearing, this error of law "does not come within the ambit of reviewable error within the standard set out above since the analysis conducted by the Tribunal does little more than confirm that there is an ongoing pedagogical debate about the various models for the placement of dis-

recherches. Il n'y a donc pas eu déni de justice naturelle.

La cour a rejeté l'idée que la *Charte* crée une présomption en faveur d'une théorie pédagogique par rapport à une autre. La question du fardeau de la preuve était purement théorique en l'espèce parce que le Tribunal a estimé qu'il ressortait clairement de la preuve que l'intérêt d'Emily serait mieux servi dans la classe spéciale.

La cour a rappelé, comme le Tribunal l'avait fait, que ce placement ne dégageait pas le conseil scolaire et les parents de l'obligation de collaborer de façon créative et continue afin de répondre aux besoins actuels et futurs d'Emily.

La Cour d'appel (le juge Arbour au nom de la cour) (1995), 22 O.R. (3d) 1

Les intimés ont soulevé plusieurs questions en appel devant la Cour d'appel de l'Ontario. Premièrement, ils ont prétendu que la Cour divisionnaire avait commis une erreur dans son application de la *Charte* au processus de placement d'enfants handicapés dans des milieux d'enseignement appropriés. Deuxièmement, ils ont signalé un certain nombre d'erreurs de droit commises par le Tribunal qui, ont-ils soutenu, auraient dû faire l'objet d'un contrôle judiciaire de la part de la Cour divisionnaire.

Le juge Arbour a étudié la portée du contrôle judiciaire qui convenait en l'espèce. En raison de la disposition privative, de la matière dont traite la loi et de la composition du Tribunal, elle a conclu qu'il y avait lieu de faire preuve de retenue judiciaire à l'égard du Tribunal. Toutefois, elle a estimé que, en matière constitutionnelle, la norme de contrôle était celle de la décision correcte.

Le juge Arbour a d'abord examiné les erreurs de droit alléguées et a statué que, bien que le Tribunal ait commis une erreur en procédant à son propre examen de la documentation après l'audition, cette erreur de droit [TRADUCTION] «n'entre pas dans la catégorie de l'erreur susceptible de contrôle judiciaire selon la norme énoncée ci-dessus, puisque l'analyse effectuée par le Tribunal ne fait guère que confirmer qu'un débat se poursuit dans le

27

28

29

30

31

abled students, and that, solely from the pedagogical point of view, integration has not yet been proven superior". Consequently, even if the error was reviewable it would not result in the invalidation of the decision.

domaine pédagogique au sujet des divers modèles de placement des élèves handicapés et que, du seul point de vue pédagogique, la supériorité de l'intégration n'a pas encore été prouvée». Par conséquent, même si l'erreur était susceptible de contrôle judiciaire, la décision ne serait pas invalidée.

32 Arbour J.A. then turned to the constitutional issue. She noted that the respondents submitted that the *Charter* and the Ontario *Human Rights Code* both require a presumption in favour of the integration of disabled students, and that, therefore, the Board had to establish why Emily's needs would be better met in a segregated classroom. Arbour J.A. found at p. 9 that the Tribunal asked itself "whether Emily Eaton's special needs can be met best in a regular class or in a special class".

Le juge Arbour est ensuite passée à la question constitutionnelle. Elle a fait remarquer que les intimés ont soutenu que la *Charte* et le *Code des droits de la personne* de l'Ontario imposent tous les deux une présomption en faveur de l'intégration des élèves handicapés et que le conseil devait donc établir pourquoi il serait possible de mieux répondre aux besoins d'Emily dans une classe à part. Elle a affirmé, à la p. 9, que le Tribunal s'est demandé [TRADUCTION] «s'il est possible de mieux répondre aux besoins spéciaux d'Emily Eaton dans une classe ordinaire ou dans une classe spéciale».

33 Arbour J.A. held that the Tribunal clearly rejected any notion of a presumption in favour of inclusion, and that the Tribunal simply found that the integrated classroom had not been successful. The Tribunal never answered the question as it framed it, namely, whether Emily's needs could be met best in a regular class or a special class.

Le juge Arbour a estimé que le Tribunal a clairement rejeté toute notion de présomption en faveur de l'inclusion et qu'il a simplement estimé que l'intégration dans une classe ordinaire n'avait pas été couronnée de succès. Le Tribunal n'a jamais répondu à la question qu'il s'était posée, à savoir s'il serait possible de mieux répondre aux besoins d'Emily dans une classe ordinaire ou dans une classe spéciale.

34 The respondents contended that the "best interests of the child" test is not satisfactory in determining the appropriate placement for a disabled child because this test could prove insensitive to the equality rights of the child. They stated that there ought to be a presumption in favour of integration. Accordingly, Arbour J.A. looked at whether Emily's placement in a special classroom amounted to discrimination within the meaning of s. 15 of the *Charter*. She found that Emily was prevented from attending the regular class because of her disability. Thus, a distinction had clearly been made on a prohibited ground. Arbour J.A. then turned to the question of whether the distinction resulted in the imposition of a burden or disadvantage. She held at p. 13 that "[a]lthough one should not ignore the intended recipient's perception of whether the measure designed to enhance her equality is in fact a burden rather than a benefit,

Les intimés ont prétendu que le critère de l'«intérêt de l'enfant» n'est pas satisfaisant pour déterminer quel est le placement approprié dans le cas d'un enfant handicapé, parce qu'il pourrait ne pas tenir compte des droits à l'égalité de l'enfant. Ils ont déclaré qu'il devrait y avoir une présomption en faveur de l'intégration. Par conséquent, le juge Arbour s'est demandé si le fait de placer Emily dans une salle de classe spéciale équivalait à de la discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte*. Elle a déclaré que l'on avait empêché Emily de fréquenter la classe ordinaire en raison de sa déficience. Ainsi, on avait manifestement établi une distinction pour un motif illicite. Le juge Arbour est ensuite passée à la question de savoir si la distinction entraînait l'imposition d'un fardeau ou d'un désavantage. Elle a estimé, à la p. 13, que, [TRADUCTION] «[b]ien qu'on ne doive pas faire abstraction de la perception de la future bénéfici-

that subjective perception is not in itself determinative of the issue". Arbour J.A. applied *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, in which scrutiny of the larger social, historical and political context was mandated, and found that the history of disabled persons, which the *Charter* seeks to redress and prevent, is a history of exclusion from the mainstream of society. In fact, "[i]n all areas of communal life, the goal pursued by and on behalf of disabled persons in the last few decades has been integration and inclusion" (p. 15). Arbour J.A. concluded that, when analysed in its larger context, a segregated educational placement is a burden or disadvantage, and is therefore discriminatory within the meaning of s. 15.

Arbour J.A. stated at pp. 15-16:

Inclusion into the main school population is a benefit to Emily because without it, she would have fewer opportunities to learn how other children work and how they live.

When a measure is offered to a disabled person, allegedly in order to provide that person with her true equality entitlement, and that measure is one of exclusion, segregation, and isolation from the mainstream, that measure, in its broad social and historical context, is properly labelled a burden or a disadvantage.

The School Board suggested that distinctions based on disability are not like those based on race or sex in the context of access to education because equality in education requires that the students be treated according to their actual abilities or disabilities. Arbour J.A. criticized this argument saying that although it may be easier to justify differences in access to educational facilities on the basis of disability than it would be if differences were based on race, this analysis must belong to s. 1. There is no reason to create a hierarchy of prohibited grounds within s. 15 which would elevate distinctions based on some to a more suspect cate-

gory quant à savoir si la mesure destinée à accroître son égalité constitue en fait un fardeau plutôt qu'un avantage, cette perception subjective n'est pas en soi déterminante en ce qui a trait à la question». Elle a appliqué l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, dans lequel il y avait lieu d'examiner le contexte social, historique et politique plus large, et elle s'est dite d'avis que l'histoire des personnes handicapées, auxquelles la *Charte* cherche à donner des recours et à éviter des désavantages, est une histoire d'exclusion de l'ensemble de la société. En fait, [TRADUCTION] «[d]ans tous les domaines de la vie communautaire, le but poursuivi par les personnes handicapées et en leur nom au cours des dernières décennies a été l'intégration et l'inclusion» (p. 15). Le juge Arbour a conclu que, si on l'analyse dans son contexte plus large, le placement dans un cadre scolaire à part est un fardeau ou un désavantage et est donc discriminatoire au sens de l'art. 15.

Elle a ajouté, aux pp. 15 et 16:

[TRADUCTION] L'inclusion dans la population scolaire générale constitue un avantage pour Emily parce que, sans cela, elle aurait moins d'occasions d'apprendre comment travaillent et vivent les autres enfants.

Lorsqu'on prévoit une mesure à l'intention d'une personne handicapée, prétendument pour fournir à cette personne un véritable droit à l'égalité et qu'il s'agit d'une mesure d'exclusion, de ségrégation et d'isolement de l'ensemble de la société, cette mesure, dans son contexte social et historique global, est qualifiée à juste titre de fardeau ou de désavantage.

Selon le conseil scolaire, les distinctions fondées sur une déficience ne sont pas analogues à celles fondées sur la race ou le sexe aux fins de l'accès à l'éducation car, pour que l'éducation soit égale pour tous, chaque élève doit être traité selon ses capacités ou déficiences réelles. Le juge Arbour a critiqué cet argument en disant que, bien qu'il puisse être plus facile de justifier des différences dans l'accès aux installations scolaires en raison d'une déficience qu'il ne le serait si les différences étaient fondées sur la race, cette analyse doit relever de l'article premier. Il n'y a aucune raison d'établir entre les motifs illicites prévus à l'art. 15

35

36

gory than others. Arbour J.A. stated at p. 17 that “[i]f anything, one should be wary of accepting as inevitable and innocuous a classification on the basis of . . . disability, without the rigorous analysis required by s. 15”.

une hiérarchie qui élèverait des distinctions fondées sur certains d’entre eux à une catégorie plus suspecte que si elles étaient fondées sur d’autres. Le juge Arbour a déclaré, à la p. 17, qu’ [TRADUCTION] «[o]n devrait plutôt hésiter à accepter comme inévitable et anodine une classification en raison d’une déficience [. . .], sans l’analyse rigoureuse requise par l’art. 15».

37 The Eatons stated that they were not attacking the *Education Act*, because, in the appropriate case and using the appropriate test, a Tribunal could order that a child like Emily be put in a special segregated class. They were attacking only the reasoning of the Tribunal. Not only did the respondents not attack the *Education Act*, but they also expressly disavowed any intention of doing so. No motion pursuant to s. 109 of the *Courts of Justice Act* had been given.

Les Eaton ont dit qu’ils ne contestaient pas la *Loi sur l’éducation*, parce que, dans le cas approprié et en utilisant le critère approprié, le Tribunal pourrait ordonner qu’un enfant comme Emily soit placé dans une classe spéciale à part. Ils contestaient seulement le raisonnement suivi par le Tribunal. Non seulement les intimés n’ont pas contesté la *Loi sur l’éducation*, mais ils ont expressément nié toute intention de le faire. Aucune requête n’a été présentée en vertu de l’art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*.

38 Arbour J.A. expressed considerable difficulty with this argument. She held that if it is true that the *Charter* mandates a presumption in favour of integration, then the deficiency must be in the failure of the *Education Act* to so provide. She stated at p. 19 that the Act infringed s. 15(1) because it “provides no impediment to the method and reasoning employed by the . . . Tribunal in the present case”.

Selon le juge Arbour, cet argument posait bien des difficultés. Elle a estimé que, s’il est vrai que la *Charte* comporte une présomption en faveur de l’intégration, alors le défaut doit consister dans le fait que la *Loi sur l’éducation* ne la prévoit pas. Elle a déclaré, à la p. 19, que la Loi contrevenait au par. 15(1) parce qu’elle [TRADUCTION] «ne prévoit aucun obstacle à la méthode et au raisonnement suivis par le [. . .] Tribunal en l’espèce».

39 Arbour J.A. went on to consider s. 1 of the *Charter* and concluded that, “[s]ince it [the *Education Act*] permits a *Charter* infringement, without further guidance, I cannot say that the Act infringes the equality rights of disabled students as little as possible” (p. 20).

Le juge Arbour a ensuite examiné l’article premier de la *Charte* et a statué que, [TRADUCTION] «[c]omme elle [la *Loi sur l’éducation*] permet une violation de la *Charte*, sans autre indication, je ne puis dire que la Loi viole aussi peu que possible les droits à l’égalité des élèves handicapés» (p. 20).

40 Arbour J.A. found that the appropriate remedy was to declare that s. 8 of the Act should be read to include a direction that, unless the parents of a disabled child consent to the placement of that child in a segregated environment, the school board must provide a placement that is the least exclusionary from the mainstream and still reasonably capable of meeting the child’s special needs.

Le juge Arbour a statué que la réparation convenable consistait à déclarer que l’art. 8 de la Loi devrait s’interpréter de façon à comprendre une indication selon laquelle, à moins que les parents d’un enfant handicapé ne consentent au placement de cet enfant dans un milieu à part, le conseil scolaire doit prévoir un placement qui exclut l’enfant le moins possible et peut encore raisonnablement répondre à ses besoins spéciaux.

Arbour J.A. held that the Tribunal would not have inevitably arrived at the same conclusion had it appreciated that the *Charter* required that segregated placement be used only as a last resort. Therefore Arbour J.A. directed that the matter be remitted to a differently constituted tribunal for re-hearing in accordance with the constitutional principles set out in her reasons.

IV. Issues

This appeal raises the following issues:

1. Did the Court of Appeal err in proceeding *proprio motu* and in the absence of the required notice under s. 109 of the *Courts of Justice Act* to review the constitutional validity of the *Education Act*?

2. Did the Court of Appeal err in finding that the decision of the Tribunal contravened s. 15 of the *Charter*?

The other issues raised below were not pursued in this Court.

V. Analysis

The Constitutionality of the Education Act and Regulations

Section 109(1) of the *Courts of Justice Act* provides that:

109.—(1) Where the constitutional validity or constitutional applicability of an Act of the Parliament of Canada or the Legislature or of a regulation or by-law made thereunder is in question, the Act, regulation or by-law shall not be adjudged to be invalid or inapplicable unless notice has been served on the Attorney General of Canada and the Attorney General of Ontario in accordance with subsection (2).

No notice in compliance with this section was given either in the Divisional Court or in the Court of Appeal and no issue was raised with respect to the constitutionality of the Act. Moreover, in the

Le juge Arbour a estimé que le Tribunal ne serait pas inévitablement arrivé à la même conclusion s'il s'était rendu compte que la *Charte* exige que le recours au placement dans un milieu à part ne se fasse qu'en dernier ressort. Elle a donc ordonné que l'affaire soit renvoyée pour nouvelle audition à un tribunal constitué différemment, où elle serait examinée conformément aux principes constitutionnels exposés dans ses motifs de jugement.

IV. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève les questions suivantes:

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en procédant *proprio motu* et en l'absence de l'avis requis en vertu de l'art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* à l'examen de la constitutionnalité de la *Loi sur l'éducation*?

2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que la décision du Tribunal contrevenait à l'art. 15 de la *Charte*?

Les autres questions soulevées devant les juridictions inférieures n'ont pas été débattues devant notre Cour.

V. Analyse

La constitutionnalité de la Loi sur l'éducation et du Règlement y afférent

Le paragraphe 109(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* prévoit:

109 (1) Une loi du Parlement du Canada ou de la Législature, ou un règlement ou règlement municipal pris sous leur régime, dont la constitutionnalité ou l'applicabilité constitutionnelle est en cause, ne peuvent être déclarés invalides ou inapplicables, à moins qu'un avis n'ait été signifié au procureur général du Canada et au procureur général de l'Ontario conformément au paragraphe (2).

L'avis prévu à cet article n'a pas été donné en Cour divisionnaire ou en Cour d'appel et aucune question n'a été soulevée relativement à la constitutionnalité de la Loi. De plus, devant la Cour

41

42

43

44

45

Court of Appeal the respondents expressly disavowed any intention of attacking the Act or the Regulations. The Attorney General for Ontario relied on the respondents' position in the courts below and made no submissions on the constitutionality of the Act and had no opportunity to adduce evidence or make submissions to support the Act under s. 1 of the *Charter*. I am satisfied that the Attorney General for Ontario was prejudiced by the absence of notice.

46 In the order of the Chief Justice of this Court dated February 13, 1996, he stated:

The Court of Appeal *proprio motu* found that s. 8 of the Act was a restriction to s. 15 of the *Charter* and proceeded to salvage the section by reading certain words into it. This initiative as regards s. 15 was not taken as regards s. 7.

As the law as it now stands has been amended through reading in, in order to salvage the restriction to s. 15, it is for this reason and this reason only that I will state the following constitutional questions:

1. Do s. 8(3) of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, as amended, and s. 6 of *Regulation 305* of the *Education Act*, infringe Emily Eaton's equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is in the affirmative, are s. 8(3) of the *Education Act*, and s. 6 of *Regulation 305* of the *Education Act*, justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

47 The order stating constitutional questions did not purport to resolve the question as to whether the decision of the Court of Appeal to raise them was valid in the absence of notice or whether this Court would entertain them. The fact that constitutional questions are stated does not oblige the Court to deal with them.

48 The purpose of s. 109 is obvious. In our constitutional democracy, it is the elected representatives of the people who enact legislation. While the courts have been given the power to declare invalid laws that contravene the *Charter* and are not

d'appel, les intimés ont expressément nié toute intention de contester la Loi ou le Règlement. Le procureur général de l'Ontario s'est fié à la position adoptée par les intimés devant les juridictions inférieures et n'a donc présenté aucune observation sur la constitutionnalité de la Loi ni n'a eu l'occasion de produire des éléments de preuve ou de présenter des observations à l'appui de la Loi en vertu de l'article premier de la *Charte*. Je suis convaincu que l'absence d'avis a causé un préjudice au procureur général de l'Ontario.

Dans l'ordonnance rendue par le Juge en chef de notre Cour le 13 février 1996, il est déclaré:

La Cour d'appel, agissant de sa propre initiative, a conclu que l'art. 8 de la Loi apportait une restriction à l'art. 15 de la *Charte* et a entrepris de le sauver en considérant qu'il incluait des mots qui n'y figuraient pas. Cette démarche relative à l'art. 15 n'a pas été faite concernant l'art. 7.

C'est seulement parce que la Loi, dans son état actuel, a été modifiée au moyen d'une interprétation large visant à sauver la restriction apportée à l'art. 15 que je vais formuler les questions constitutionnelles suivantes:

1. Le paragraphe 8(3) de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, et ses modifications, et l'art. 6 du *Règlement 305* de la *Loi sur l'éducation* portent-ils atteinte aux droits à l'égalité que le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à Emily Eaton?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 8(3) de la *Loi sur l'éducation* et l'art. 6 du *Règlement 305* de la *Loi sur l'éducation* sont-ils justifiés en tant que limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*?

L'ordonnance formulant les questions constitutionnelles ne visait pas à déterminer si la décision de la Cour d'appel de les soulever était valide en l'absence d'avis ou si notre Cour les examinerait. Le fait que des questions constitutionnelles soient formulées n'oblige pas la Cour à les examiner.

L'objectif de l'art. 109 est évident. Dans notre démocratie constitutionnelle, ce sont les représentants élus du peuple qui adoptent les lois. Bien que les tribunaux aient reçu le pouvoir de déclarer invalides les lois qui contreviennent à la *Charte* et

saved under s. 1, this is a power not to be exercised except after the fullest opportunity has been accorded to the government to support its validity. To strike down by default a law passed by and pursuant to the act of Parliament or the legislature would work a serious injustice not only to the elected representatives who enacted it but to the people. Moreover, in this Court, which has the ultimate responsibility of determining whether an impugned law is constitutionally infirm, it is important that in making that decision, we have the benefit of a record that is the result of thorough examination of the constitutional issues in the courts or tribunal from which the appeals arise.

While this Court has not yet addressed the issue of the legal effect of the absence of notice, it has been addressed by other courts. The results are conflicting. One strand of decision favours the view that in the absence of notice the decision is *ipso facto* invalid, while the other strand holds that a decision in the absence of notice is voidable upon a showing of prejudice.

In *D.N. v. New Brunswick (Minister of Health & Community Services)* (1992), 127 N.B.R. (2d) 383, the Court of Appeal considered a situation in which the trial judge, on his own motion, set aside provisions of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, as contrary to the *Charter*. There had been no notice under s. 22 of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2, as required. The Court of Appeal held, at p. 388, that “the wording of s. 22(3) leaves no doubt that notice is mandatory. For this reason, the trial judge ought not to have decided the case on a *Charter* issue raised on his own initiative without notice to the Attorneys General”.

However, in *Ontario (Workers' Compensation Board) v. Mandelbaum, Spergel Inc.* (1993), 12 O.R. (3d) 385, a majority of the Ontario Court of Appeal came to a different conclusion, Arbour J.A. dissenting. Grange J.A. considered an argument that, pursuant to *D.N. v. New Brunswick (Minister*

qui ne sont pas sauvegardées en vertu de l'article premier, c'est un pouvoir qui ne doit être exercé qu'après que le gouvernement a vraiment eu l'occasion d'en soutenir la validité. Annuler par défaut une disposition législative adoptée par le Parlement ou une législature causerait une injustice grave non seulement aux représentants élus qui l'ont adoptée mais également au peuple. En outre, devant notre Cour, qui a la responsabilité ultime de déterminer si une loi contestée est inconstitutionnelle, il est important que, pour rendre cette décision, nous disposions d'un dossier qui résulte d'un examen en profondeur des questions constitutionnelles soulevées devant les cours ou le tribunal dont les jugements sont portés en appel.

Bien que notre Cour n'ait pas encore abordé la question de l'effet juridique de l'absence d'avis, d'autres tribunaux l'ont fait. Les résultats sont contradictoires. Une première tendance favorise l'opinion selon laquelle, en l'absence d'avis, la décision est *ipso facto* invalide, tandis qu'une autre tendance soutient qu'en l'absence d'avis, une décision est annulable sur preuve de l'existence d'un préjudice.

Dans l'arrêt *D.N. c. New Brunswick (Minister of Health & Community Services)* (1992), 127 R.N.-B. (2e) 383, la Cour d'appel a examiné un cas où le juge de première instance a, de sa propre initiative, annulé les dispositions de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, parce qu'elles contrevenaient à la *Charte*. L'avis prévu à l'art. 22 de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, n'avait pas été donné. La Cour d'appel a jugé, à la p. 388, que, [TRADUCTION] «vu le libellé du par. 22(3), il ne fait aucun doute que la signification des avis est obligatoire. Pour ce motif, le juge de première instance n'aurait pas dû invoquer la *Charte* de sa propre initiative pour rendre sa décision, sans d'abord donner un avis aux procureurs généraux».

Toutefois, dans l'arrêt *Ontario (Workers' Compensation Board) c. Mandelbaum, Spergel Inc.* (1993), 12 O.R. (3d) 385, la Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité, a abouti à une conclusion différente, le juge Arbour ayant inscrit sa dissidence. Le juge Grange a examiné un argument selon lequel,

49

50

51

of Health & Community Services), *supra*, s. 109 notice was mandatory so that failure to give notice rendered a decision a nullity. He found further support for this position in the short judgment of Callaghan A.C.J.H.C. in *Roberts v. Sudbury (City)*, Ont. H.C., June 22, 1987, unreported, where Callaghan A.C.J.H.C. allowed an appeal from a decision made without notice and sent the matter back to the District Court for a rehearing. Grange J.A. also reviewed two Saskatchewan cases, *R. v. Beare* and *R. v. Higgins* heard together and both reported at (1987), 31 C.R.R. 118 (C.A.). In one case notice had been served, while in the other it had not. The cases concerned the validity of the *Identification of Criminals Act*, R.S.C. 1970, c. I-1. In both cases the trial court upheld the validity of the Act. The Court of Appeal found that there was no prejudice because the Attorney General was able to present an argument in the *Higgins* case that would have applied to the *Beare* case as well. Therefore, there was no actual prejudice in the *Beare* case resulting from the failure to file notice under *The Constitutional Questions Act*, R.S.S. 1978, c. C-29. Grange J.A. also referred to *Citation Industries Ltd. v. C.J.A., Loc. 1928* (1988), 53 D.L.R. (4th) 360 (B.C.C.A.), in which the Court of Appeal dealt with a similar section under the *Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1979, c. 63. In that case, all counsel asked that the matter be heard on the merits even though notice had not been given to the provincial Attorney General. Seaton J.A. agreed to hear the merits because (at p. 363) "[a]t this stage nothing turns on the absence of earlier notice". Grange J.A. observed (at pp. 390-91) that:

Neither of the courts in Saskatchewan or British Columbia specifically dealt with the argument that the judgments under appeal were nullities. Nevertheless, both relied heavily on a lack of prejudice to the Attorney General in his argument on appeal. In the case at bar, counsel for the Attorney General was invited to show prejudice and was unable to do so. In my view, that should be the controlling factor. The failure to give

conformément à l'arrêt *D.N. c. New Brunswick (Minister of Health & Community Services)*, précité, l'avis prévu à l'art. 109 était obligatoire, de sorte que l'omission de donner avis rendait une décision nulle. Il a de plus étayé cette position sur le bref jugement que le juge en chef adjoint Callaghan de la Haute Cour de l'Ontario a rendu dans l'affaire *Roberts c. Sudbury (City)*, 22 juin 1987, inédit, où il a accueilli un appel formé contre une décision rendue en l'absence d'avis et a renvoyé l'affaire pour nouvelle audition à la Cour de district. Le juge Grange a également examiné deux arrêts de la Saskatchewan, *R. c. Beare* et *R. c. Higgins* entendus en même temps et tous deux publiés à (1987), 31 C.R.R. 118 (C.A.). Dans un cas, l'avis avait été signifié, mais pas dans l'autre. Ces affaires portaient sur la validité de la *Loi sur l'identification des criminels*, S.R.C. 1970, ch. I-1. Dans les deux cas, la cour de première instance a maintenu la validité de la Loi. La Cour d'appel a conclu à l'absence de préjudice parce que le procureur général avait pu présenter dans l'affaire *Higgins* une plaidoirie qui pouvait s'appliquer aussi à l'affaire *Beare*. Par conséquent, dans l'affaire *Beare*, aucun préjudice réel ne résultait de l'omission de déposer l'avis prévu à *The Constitutional Questions Act*, R.S.S. 1978, ch. C-29. Le juge Grange s'est également reporté à l'arrêt *Citation Industries Ltd. c. C.J.A., Loc. 1928* (1988), 53 D.L.R. (4th) 360 (C.A.C.-B.), dans lequel la Cour d'appel a traité d'un article analogue de la *Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 63. Tous les avocats avaient demandé que cette affaire soit entendue au fond même si l'avis n'avait pas été signifié au procureur général de la province. Le juge Seaton était d'accord pour entendre l'affaire au fond parce que (à la p. 363), [TRADUCTION] «[à] cette étape-ci, rien ne repose sur l'absence d'un avis antérieur». Le juge Grange a fait observer, aux pp. 390 et 391:

[TRADUCTION] Ni l'un ni l'autre des tribunaux de la Saskatchewan ou de la Colombie-Britannique n'ont traité expressément de l'argument selon lequel les jugements portés en appel étaient nuls. Néanmoins, ils se sont tous fortement appuyés sur l'absence de préjudice causé au procureur général dans sa plaidoirie en appel. En l'espèce, l'avocat représentant le procureur général a été invité à prouver l'existence d'un préjudice et il n'a

notice was entirely inadvertent. . . . We have heard full argument on the question. Nothing would be gained by sending it back but repetition and expense.

Arbour J.A. dissented. She held that s. 109 creates a mandatory requirement of notice, and that the presence or absence of prejudice is irrelevant: "An adjudication made in violation of that mandatory language must be considered a nullity" (p. 394).

In view of the purpose of s. 109 of the *Courts of Justice Act*, I am inclined to agree with the opinion of the New Brunswick Court of Appeal in *D.N. v. New Brunswick (Minister of Health & Community Services)*, *supra*, and Arbour J.A. dissenting in *Mandelbaum*, *supra*, that the provision is mandatory and failure to give the notice invalidates a decision made in its absence without a showing of prejudice. It seems to me that the absence of notice is in itself prejudicial to the public interest. I am not reassured that the Attorney General will invariably be in a position to explain after the fact what steps might have been taken if timely notice had been given. As a result, there is a risk that in some cases a statutory provision may fall by default.

There is, of course, room for interpretation of s. 109 and there may be cases in which the failure to serve a written notice is not fatal either because the Attorney General consents to the issue's being dealt with or there has been a *de facto* notice which is the equivalent of a written notice. It is not, however, necessary to express a final opinion on these questions in that I am satisfied that under either strand of authority the decision of the Court of Appeal is invalid. No notice or any equivalent was given in this case and in fact the Attorney General and the courts had no reason to believe that the Act was under attack. Clearly, s. 109 was not complied with and the Attorney General was seriously prejudiced by the absence of notice.

pu le faire. Selon moi, ce devrait être le facteur déterminant. L'omission de donner avis était survenue tout à fait par inadvertance [. . .] Nous avons entendu toutes les plaidoiries sur la question. Il n'y aurait rien à gagner à renvoyer l'affaire si ce n'est répétition et dépenses.

Le juge Arbour a inscrit sa dissidence. Elle a estimé que l'art. 109 crée une obligation de présenter un avis et que la présence ou l'absence de préjudice n'est pas pertinente: [TRADUCTION] «Une décision rendue en contravention de cette obligation doit être considérée nulle» (p. 394).

Compte tenu de l'objet de l'art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, je suis enclin à être d'accord avec l'opinion exprimée par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans *D.N. c. New Brunswick (Minister of Health & Community Services)*, précité, et par le juge Arbour, dissidente, dans l'arrêt *Mandelbaum*, précité, selon laquelle la disposition impose une obligation, et l'omission de donner l'avis invalide une décision rendue en son absence sans que l'existence d'un préjudice ait été prouvée. Il me semble que l'absence d'avis est préjudiciable en soi à l'intérêt public. Je ne suis pas rassuré par le fait que le procureur général sera immanquablement en mesure d'expliquer après coup quelles mesures auraient pu être prises si l'avis avait été donné au moment opportun. Il y a donc un risque que, dans certains cas, une disposition législative puisse être annulée par défaut.

Il y a naturellement place à interprétation en ce qui concerne l'art. 109, et il peut se présenter des cas où l'omission de signifier un avis par écrit n'est pas fatale parce que le procureur général donne son consentement à ce que la question soit examinée ou parce qu'il y a eu un avis *de facto* qui équivaut à un avis par écrit. Il n'est toutefois pas nécessaire d'exprimer une opinion définitive sur ces questions, car je suis convaincu que, selon l'une ou l'autre tendance de la jurisprudence, la décision de la Cour d'appel n'est pas valide. Aucun avis ou quelque équivalent n'a été donné en l'espèce et, en fait, le procureur général et les tribunaux n'avaient aucune raison de croire que la Loi était contestée. Manifestement, l'art. 109 n'a pas été respecté et le procureur général a subi un préjudice grave en raison de l'absence d'avis.

52

53

54

55

It was suggested that notwithstanding the above, this Court should entertain the question of the validity of the provisions of the Act which were addressed by Arbour J.A. It might be suggested that a refusal to do so would be based on a technical ground. The absence of notice and the absence of a record developed in the courts and tribunals below are far from technical defects. Moreover, as a general rule, we are only authorized to make the disposition that the court appealed from ought to have made (*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 45). There is, however, an additional reason for not dealing with the constitutionality of the Act. Arbour J.A. felt constrained to do so because she was of the view that the decision of the Tribunal was discriminatory and violated s. 15(1) of the *Charter*. On the basis of *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, she felt obliged to consider whether the Act purported to authorize this result. I am respectfully of the opinion that Arbour J.A. erred in this regard. If she had concluded, as I do, that the reasoning and decision of the Tribunal did not discriminate contrary to s. 15 of the *Charter*, it would have been unnecessary for her, and it is unnecessary for me, to consider the constitutional validity of the Act.

56

I will turn to the issue of the validity of the decision of the Tribunal.

Does the Decision of the Tribunal Contravene s. 15 of the Charter?

57

The placement of children in special education programs and services is carried out pursuant to the provisions of s. 8 of the *Education Act* and the Regulations thereunder. Prior to 1980, there was no mandatory requirement that school boards provide such programs and a disabled person could be denied status as a resident pupil at elementary school if that person was "unable by reason of mental or physical handicap to profit by instruction

On a fait valoir que, malgré ce qui a été dit ci-dessus, notre Cour devrait connaître de la question de la validité des dispositions de la Loi qui ont été examinées par le juge Arbour. On pourrait soutenir que le refus de le faire serait fondé sur une question de forme. L'absence d'avis et l'absence de dossier exposées devant les cours de justice et les tribunaux administratifs de juridiction inférieure sont loin de constituer des vices de forme. De plus, en règle générale, nous sommes autorisés seulement à rendre la décision que la cour de justice dont la décision a été portée en appel aurait dû rendre (*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 45). Il existe cependant une autre raison pour ne pas se pencher sur la constitutionnalité de la Loi. Le juge Arbour s'est sentie tenue de le faire parce qu'elle était d'avis que la décision du Tribunal était discriminatoire et contrevenait au par. 15(1) de la *Charte*. En se fondant sur l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, elle s'est sentie obligée de se demander si la Loi était censée permettre un tel résultat. En toute déférence, je suis d'avis que le juge Arbour a commis une erreur à cet égard. Si elle avait conclu, comme je le fais, que le raisonnement suivi et la décision rendue par le Tribunal ne discriminaient pas en contravention de l'art. 15 de la *Charte*, il n'aurait pas été nécessaire qu'elle examine la validité de la Loi sur le plan constitutionnel et il n'est pas nécessaire que je le fasse.

Je passe maintenant à la question de la validité de la décision du Tribunal.

La décision du Tribunal contrevient-elle à l'art. 15 de la Charte?

Le placement des enfants dans des programmes d'enseignement et de services destinés à l'enfance en difficulté se fait conformément aux dispositions de l'art. 8 de la *Loi sur l'éducation* et du règlement pris sous son régime. Avant 1980, les conseils scolaires n'étaient pas tenus de fournir ces programmes et une personne handicapée pouvait se voir refuser le statut d'élève d'une école élémentaire si elle était [TRADUCTION] «incapable en raison d'une déficience mentale ou physique de bénéficiaire de l'enseignement dispensé dans une école

in an elementary school” (*The Education Act, 1974, S.O. 1974, c. 109, s. 34(1)*).

A change in attitude with respect to disabled persons was initiated by the report of Walter B. Williston entitled *Present Arrangements for the Care and Supervision of Mentally Retarded Persons in Ontario* (1971). With it came a recognition of the desirability of integration and de-institutionalization. The change in attitude was reflected in changes in the *Education Act*.

The current legal framework for the education of exceptional pupils was adopted on December 12, 1980 when Royal Assent was given to *The Education Amendment Act, 1980, S.O. 1980, c. 61*. The Act and Regulations made it mandatory for all school boards to provide special education programs and services for exceptional pupils. The policy of the Ministry of Education is that “[e]very exceptional child has the right to be part of the mainstream of education to the extent to which it is profitable” (*Special Education Information Handbook* (1984)).

Ontario Regulation 305, R.R.O. 1990, adopted as O. Reg. 554/81, deals exclusively with Special Education Identification Placement and Review Committees and appeals. It provides for the identification of exceptional pupils, a determination of their needs and placement into an educational setting where special education programs and services can be delivered. The specific program modification and services required by each exceptional pupil are outlined in the pupil’s education plan. Parents and guardians are involved in the identification and placement process and provision is made for appeal of the identification with a placement decision of the board.

This is the process that culminated in a decision by the Tribunal in the present case. After a three-year trial period in a regular class, the IPRC, after consultation with teacher assistants and Emily’s parents, determined that she should be placed in a

élémentaire» (*The Education Act, 1974, S.O. 1974, ch. 109, par. 34(1)*).

Un changement d’attitude vis-à-vis des personnes handicapées s’est amorcé à la suite du rapport présenté par Walter B. Williston en 1971 et intitulé *Present Arrangements for the Care and Supervision of Mentally Retarded Persons in Ontario*. Ce rapport a entraîné la reconnaissance de l’avantage que présentent l’intégration et la désinstitutionnalisation. Ce changement d’attitude s’est reflété dans des modifications apportées à la *Loi sur l’éducation*.

Le cadre juridique actuel en ce qui concerne l’éducation des enfants en difficulté a été adopté le 12 décembre 1980 lorsque *The Education Amendment Act, 1980, S.O. 1980, ch. 61*, a reçu la sanction royale. La Loi et le Règlement obligent tous les conseils scolaires à fournir des programmes d’enseignement et de services destinés à l’enfance en difficulté. Le ministère de l’Éducation a pour politique que «[t]out enfant inadapté a droit à l’éducation dans la mesure où il peut en profiter» (*Éducation de l’enfance en difficulté: manuel d’information* (1984)).

Le Règlement 305 de l’Ontario, R.R.O. 1990, auparavant O. Reg. 554/81, traite exclusivement des comités spéciaux d’identification, de placement et de révision en éducation ainsi que des appels. Il prévoit l’identification des élèves en difficulté, la détermination de leurs besoins et leur placement dans un cadre scolaire offrant des programmes d’enseignement et de services destinés à l’enfance en difficulté. Les modifications précises à apporter aux programmes et les services requis par chaque élève en difficulté sont indiqués dans le plan d’éducation de l’élève. Les parents et les tuteurs participent au processus d’identification et de placement, et appel peut être interjeté de l’identification entraînant une décision de placement par le conseil.

Voilà le processus qui a abouti à la décision rendue par le Tribunal dans la présente affaire. Après une période d’essai de trois ans dans une classe ordinaire, le CIPR, après consultation avec les éducatrices adjointes et les parents d’Emily, a décidé

58

59

60

61

special education class. Emily's parents appealed to a Special Education Appeal Board which unanimously confirmed the IPRC decision. The parents appealed again to the Ontario Special Education Tribunal which unanimously confirmed the decision of the Special Education Appeal Board in a hearing lasting 21 days.

qu'elle devait être placée dans une classe pour élèves en difficulté. Les parents d'Emily ont interjeté appel auprès d'une Commission d'appel en matière d'éducation de l'enfance en difficulté, qui a confirmé la décision du CIPR à l'unanimité. Les parents ont interjeté appel de nouveau auprès du Tribunal de l'enfance en difficulté de l'Ontario, qui a confirmé à l'unanimité la décision de la Commission d'appel en matière d'éducation de l'enfance en difficulté au cours d'une audition qui a duré 21 jours.

62

While there has not been unanimity in the judgments of the Court with respect to all the principles relating to the application of s. 15 of the *Charter*, I believe that the issue in this case can be resolved on the basis of principles in respect of which there is no disagreement. There is general agreement that before a violation of s. 15 can be found, the claimant must establish that the impugned provision creates a distinction on a prohibited or analogous ground which withholds an advantage or benefit from, or imposes a disadvantage or burden on, the claimant.

Bien qu'il n'y ait pas eu unanimité dans les arrêts rendus par la Cour en ce qui concerne tous les principes relatifs à l'application de l'art. 15 de la *Charte*, je crois qu'il est possible de trancher la question en litige en se fondant sur les principes au sujet desquels il n'y a pas de désaccord. Il est généralement admis que, avant de pouvoir déterminer qu'il y a eu violation de l'art. 15, le demandeur doit démontrer que la disposition contestée établit une distinction pour un motif illicite ou un motif analogue qui lui refuse un avantage ou un bénéfice ou lui impose un désavantage ou un fardeau.

63

In *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at p. 485, McLachlin J. stated:

Dans *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, à la p. 485, le juge McLachlin a déclaré:

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 the denial constitutes discrimination. At this second stage, in order for discrimination to be made out, the claimant must show that the denial rests on one of the grounds enumerated in s. 15(1) or an analogous ground and that the unequal treatment is based on the stereotypical application of presumed group or personal characteristics. If the claimant meets the onus under this analysis, violation of s. 15(1) is established. The onus then shifts to the party seeking to uphold the law, usually the state, to justify the discrimination as "demonstrably justified in a free and democratic society" under s. 1 of the *Charter*.

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. À cette seconde étape, pour établir qu'il y a discrimination, le demandeur doit prouver que la négation repose sur l'un des motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue et que le traitement inégal est fondé sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe. Si le demandeur s'acquitte de ce fardeau, la violation du par. 15(1) est établie. Il y a alors déplacement de la charge de la preuve et la partie qui cherche le maintien de la loi, habituellement l'État, doit établir que la «justification [de cette discrimination] puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique» conformément à l'article premier de la *Charte*.

At p. 487 she added:

À la p. 487, elle a ajouté:

Furthermore, if the law distinguishes on an enumerated or analogous ground but does not have the effect of

En outre, si la loi établit une distinction fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue, mais n'a pas pour

imposing a real disadvantage in the social and political context of the claim, it may similarly be found not to violate s. 15: *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872.

In *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at p. 584, Cory and Iacobucci JJ. stated:

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.

Both Gonthier J. (the Chief Justice and La Forest and Major JJ. concurring) in *Miron* and La Forest J. (the Chief Justice and Gonthier and Major JJ. concurring) in *Egan* were of the view that a distinction must be shown to be based on irrelevant personal characteristics. On this view, relevance to the legislative goal or functional value of the legislation where such is not itself discriminatory can negate discrimination. The majority view as expressed in *Miron* was that relevance may assist as a factor in showing that the case falls into the rare class of case in which a distinction on a prohibited or analogous ground does not constitute discrimination. While this does not purport to be an exhaustive treatment of the differences between the majority and the minority on this point, it is a sufficient synopsis of them for the purposes of this appeal.

effet d'imposer un désavantage réel dans le contexte social et politique de la demande, elle pourrait bien ne pas non plus contrevenir à l'art. 15: *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872.

Dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, à la p. 584, les juges Cory et Iacobucci ont dit:

La première [étape] 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 toutes 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.

Le juge Gonthier (avec l'appui du Juge en chef et des juges La Forest et Major) dans l'arrêt *Miron* et le juge La Forest (avec l'appui du Juge en chef et des juges Gonthier et Major) dans l'arrêt *Egan* étaient d'avis qu'il faut démontrer qu'une distinction est fondée sur des caractéristiques personnelles non pertinentes. Suivant ce point de vue, la pertinence relativement à l'objectif législatif ou à la valeur fonctionnelle de la loi, lorsque celle-ci n'est pas discriminatoire en soi, peut annuler la discrimination. Selon l'opinion majoritaire exprimée dans l'arrêt *Miron*, la pertinence peut aider en tant que facteur à démontrer que le cas entre dans la rare catégorie de ceux où une distinction fondée sur un motif illicite ou un motif analogue ne constitue pas une discrimination. Bien qu'il ne prétende pas traiter de façon exhaustive des divergences entre les juges majoritaires et les juges minoritaires sur ce point, ce résumé suffit aux fins du présent pourvoi.

64

65

66 The principles that not every distinction on a prohibited ground will constitute discrimination and that, in general, distinctions based on presumed rather than actual characteristics are the hallmarks of discrimination have particular significance when applied to physical and mental disability. Avoidance of discrimination on this ground will frequently require distinctions to be made taking into account the actual personal characteristics of disabled persons. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 169, McIntyre J. stated that the “accommodation of differences . . . is the essence of true equality”. This emphasizes that the purpose of s. 15(1) of the *Charter* is not only to prevent discrimination by the attribution of stereotypical characteristics to individuals, but also to ameliorate the position of groups within Canadian society who have suffered disadvantage by exclusion from mainstream society as has been the case with disabled persons.

Les principes voulant que toute distinction fondée sur un motif illicite ne constitue pas une discrimination et que les distinctions fondées sur des caractéristiques plutôt présumées que réelles soient en général les signes révélateurs de la discrimination ont une importance particulière lorsqu'ils sont appliqués à une déficience physique ou à une déficience mentale. Pour éviter la discrimination fondée sur ce motif, il faudra souvent établir des distinctions en fonction des caractéristiques personnelles de chaque personne handicapée. Dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 169, le juge McIntyre a dit que «le respect des différences [. . .] est l'essence d'une véritable égalité». Cela fait ressortir que le par. 15(1) de la *Charte* a non seulement pour objet d'empêcher la discrimination par l'attribution de caractéristiques stéréotypées à des particuliers, mais également d'améliorer la position de groupes qui, dans la société canadienne, ont subi un désavantage en étant exclus de l'ensemble de la société ordinaire comme ce fut le cas pour les personnes handicapées.

67 The principal object of certain of the prohibited grounds is the elimination of discrimination by the attribution of untrue characteristics based on stereotypical attitudes relating to immutable conditions such as race or sex. In the case of disability, this is one of the objectives. The other equally important objective seeks to take into account the true characteristics of this group which act as headwinds to the enjoyment of society's benefits and to accommodate them. Exclusion from the mainstream of society results from the construction of a society based solely on “mainstream” attributes to which disabled persons will never be able to gain access. Whether it is the impossibility of success at a written test for a blind person, or the need for ramp access to a library, the discrimination does not lie in the attribution of untrue characteristics to the disabled individual. The blind person cannot see and the person in a wheelchair needs a ramp. Rather, it is the failure to make reasonable accommodation, to fine-tune society so that its structures and assumptions do not result in the relegation and banishment of disabled persons from participation, which results in discrimination against them. The

Certains des motifs illicites visent principalement à éliminer la discrimination par l'attribution de caractéristiques fausses fondées sur des attitudes stéréotypées se rapportant à des conditions immuables comme la race ou le sexe. Dans le cas d'une déficience, c'est l'un des objectifs. L'autre objectif, tout aussi important, vise à tenir compte des véritables caractéristiques de ce groupe qui l'empêchent de jouir des avantages de la société, et à les accommoder en conséquence. L'exclusion de l'ensemble de la société découle d'une interprétation de la société fondée seulement sur les attributs «de l'ensemble» auxquels les personnes handicapées ne pourront jamais avoir accès. Qu'il s'agisse de l'impossibilité pour une personne aveugle de réussir un examen écrit ou du besoin d'une rampe pour avoir accès à une bibliothèque, la discrimination ne consiste pas dans l'attribution de caractéristiques fausses à la personne handicapée. La personne aveugle ne peut pas voir et la personne en fauteuil roulant a besoin d'une rampe d'accès. C'est plutôt l'omission de fournir des moyens raisonnables et d'apporter à la société les modifications qui feront en sorte que ses structures et les

discrimination inquiry which uses “the attribution of stereotypical characteristics” reasoning as commonly understood is simply inappropriate here. It may be seen rather as a case of reverse stereotyping which, by not allowing for the condition of a disabled individual, ignores his or her disability and forces the individual to sink or swim within the mainstream environment. It is recognition of the actual characteristics, and reasonable accommodation of these characteristics which is the central purpose of s. 15(1) in relation to disability.

The interplay of these objectives relating to disability is illustrated by the evolution of special education in Ontario. The earlier policy of exclusion to which I referred was influenced in large part by a stereotypical attitude to disabled persons that they could not function in a system designed for the general population. No account was taken of the true characteristics of individual members of the disabled population, nor was any attempt made to accommodate these characteristics. With the change in attitude influenced by the Williston Report and other developments, the policy shifted to one which assessed the true characteristics of disabled persons with a view to accommodating them. Integration was the preferred accommodation but if the pupil could not benefit from integration a special program was designed to enable disabled pupils to receive the benefits of education which were available to others.

It follows that disability, as a prohibited ground, differs from other enumerated grounds such as race or sex because there is no individual variation with respect to these grounds. However, with respect to disability, this ground means vastly different things depending upon the individual and the context. This produces, among other things, the “difference dilemma” referred to by the interveners

actions prises n’entraînent pas la relégation et la non-participation des personnes handicapées qui engendre une discrimination à leur égard. L’enquête sur la discrimination qui recourt au raisonnement fondé sur «l’attribution de caractéristiques stéréotypées», dans son acception courante, est tout simplement inappropriée dans le cas présent. Elle peut être considérée plutôt comme un cas d’inversion d’un stéréotype qui, en ne tenant pas compte de la condition d’une personne handicapée, fait abstraction de sa déficience et la force à se tirer d’affaire toute seule dans l’environnement de l’ensemble de la société. C’est la reconnaissance des caractéristiques réelles, et l’adaptation raisonnable à celles-ci, qui constitue l’objectif principal du par. 15(1) en ce qui a trait à la déficience.

L’évolution de l’enseignement destiné à l’enfance en difficulté en Ontario illustre bien l’interaction de ces objectifs en ce qui concerne la déficience. La politique antérieure d’exclusion dont j’ai fait mention était influencée en grande partie par une attitude stéréotypée envers les personnes handicapées selon laquelle elles ne pouvaient pas fonctionner dans un système conçu pour la population en général. Il n’a pas été tenu compte des caractéristiques véritables des personnes faisant partie de la population handicapée et aucun effort n’a été fait pour composer avec ces caractéristiques. À la suite du changement d’attitude amené par le Rapport Williston et par d’autres facteurs, on en est venu à une politique qui évaluait les caractéristiques véritables des personnes handicapées dans le but de répondre à leurs besoins. L’intégration est le moyen qui a été privilégié, mais, si l’élève ne pouvait pas bénéficier de l’intégration, un programme spécial était conçu afin de permettre aux élèves handicapés de profiter des avantages de l’enseignement offert aux autres.

Il s’ensuit que la déficience, en tant que motif illicite, diffère des autres motifs énumérés tels que la race ou le sexe parce que ces motifs ne comportent aucune différence sur le plan individuel. Par contre, quand il s’agit de déficience, il existe des différences énormes selon l’individu et le contexte. Cela engendre, entre autres, [TRADUCTION] «le dilemme de la différence» dont parlent les interve-

whereby segregation can be both protective of equality and violative of equality depending upon the person and the state of disability. In some cases, special education is a necessary adaptation of the mainstream world which enables some disabled pupils access to the learning environment they need in order to have an equal opportunity in education. While integration should be recognized as the norm of general application because of the benefits it generally provides, a presumption in favour of integrated schooling would work to the disadvantage of pupils who require special education in order to achieve equality. Schools focussed on the needs of the blind or deaf and special education for students with learning disabilities indicate the positive aspects of segregated education placement. Integration can be either a benefit or a burden depending on whether the individual can profit from the advantages that integration provides.

nants et selon lequel la ségrégation peut à la fois protéger l'égalité et y porter atteinte selon la personne concernée et le degré de sa déficience. Dans certains cas, l'enseignement à l'enfance en difficulté constitue une adaptation nécessaire du courant général qui permet à certains élèves handicapés d'avoir accès au milieu d'apprentissage dont ils ont besoin pour obtenir l'égalité des chances en éducation. L'intégration devrait être reconnue comme la norme d'application générale en raison des avantages qu'elle procure habituellement, mais une présomption en faveur de l'enseignement intégré ne serait pas à l'avantage des élèves qui ont besoin d'un enseignement spécial pour parvenir à cette égalité. Les écoles qui ont mis l'accent sur les besoins des aveugles et des sourds et l'enseignement aux élèves en difficulté d'apprentissage présentent les aspects positifs du placement dans un cadre pédagogique à part. L'intégration peut se révéler un avantage ou un fardeau selon que l'individu peut profiter ou non des avantages qu'elle apporte.

70 These are the basic principles in respect of which the Tribunal's decision should be tested in order to determine whether that decision complies with s. 15(1). In applying them, I do not see any purpose in distinguishing between the order of the Tribunal and the reasons for that order. That was a distinction that was sought to be made in the Court of Appeal but, in my view, the reasons and the order are to the same effect and cannot be dealt with separately in this case. Either both are valid, as I conclude, or both are invalid.

Il s'agit là des principes fondamentaux en regard desquels il faudrait examiner la décision du Tribunal pour déterminer si elle est conforme au par. 15(1). Pour appliquer ces principes, je ne vois aucune raison d'établir une distinction entre l'ordonnance du Tribunal et les motifs de cette ordonnance. C'est une distinction qui a été réclamée en Cour d'appel, mais, à mon avis, les motifs et l'ordonnance ont le même effet et on ne peut les traiter séparément en l'espèce. Ou bien ils sont tous les deux valides, comme je le conclus, ou bien ils sont tous les deux invalides.

The Tribunal's Decision

La décision du Tribunal

A Distinction

Une distinction

71 It is quite clear that a distinction is being made under the Act between "exceptional" children and others. Other children are placed in the integrated classes. Exceptional children, in some cases, face an inquiry into their placement in the integrated or special classes. It is clear that the distinction

Il est tout à fait évident que la Loi établit une distinction entre les enfants «en difficulté» et les autres. Les autres enfants sont placés dans les classes intégrées. Dans certains cas, les enfants en difficulté font l'objet d'une enquête pour déterminer s'ils seront placés dans les classes intégrées ou les classes spéciales. Il est évident que la distinction entre les enfants «en difficulté» et les autres est

between “exceptional” and other children is based on the disability of the individual child.

Burden

In its thorough and careful consideration of this matter, the Tribunal sought to determine the placement that would be in the best interests of Emily from the standpoint of receiving the benefits that an education provides. In arriving at the conclusion, the Tribunal considered Emily’s special needs and strove to fashion a placement that would accommodate those special needs and enable her to benefit from the services that an educational program offers. The Tribunal took into account the great psychological benefit that integration offers but found, based on the three years experience in a regular class, that integration had had “the counter-productive effect of isolating her, of segregating her in the theoretically integrated setting”.

Moreover, in deciding on the appropriate placement, the Tribunal considered each of the various categories of needs relevant to education. It found that it was not possible to meet Emily’s intellectual and academic needs in the regular class without “isolat[ing] her in a disserving and potentially insidious way”. It found that Emily’s communication needs would be best met in the special class. It expressed doubt as to whether her emotional and social needs were being met in the regular class. While it is not clear that the special class would meet these particular needs better, it did appear to the Tribunal that there was little, if any, social interaction between Emily and her peers in the regular class. Although not central to the Tribunal’s decision, it also found that certain adaptations to the classroom, such as the provision of a special desk, physical assistance and extra supervision from educational assistants were reasonable, but that it would not be reasonably possible to accommodate Emily’s particular safety needs without radically altering the classroom or establishing a very isolating level of adult supervision.

fondée sur la déficience de l’enfant pris individuellement.

Le fardeau

Dans son examen approfondi et minutieux de la question, le Tribunal a tenté d’établir quel placement serait dans l’intérêt d’Emily du point de vue des avantages qu’apporte l’éducation. Pour parvenir à sa conclusion, le Tribunal a examiné les besoins spéciaux d’Emily et a cherché à concevoir un placement qui répondrait à ces besoins spéciaux et lui permettrait de bénéficier des services qu’offre un programme pédagogique. Le Tribunal a tenu compte du grand avantage psychologique qu’offre l’intégration mais a conclu, en se fondant sur les trois années passées dans une classe ordinaire, que l’intégration avait eu [TRADUCTION] «l’effet contraire de l’isoler, de la mettre à part dans le cadre en principe intégré».

De plus, pour décider du placement approprié, le Tribunal a examiné chacune des différentes catégories de besoins en matière d’éducation. Il a jugé qu’il n’était pas possible de répondre aux besoins d’Emily sur les plans intellectuel et scolaire dans la classe ordinaire sans [TRADUCTION] «l’isole[r] à son détriment, et ce, d’une manière qui peut être insidieuse». Il a jugé que les besoins d’Emily sur le plan de la communication seraient mieux comblés dans la classe spéciale. Il a exprimé un doute quant à savoir si l’on répondait à ses besoins sur les plans émotif et social dans la classe ordinaire. Il n’est pas évident que la classe spéciale répondrait mieux à ces besoins spéciaux, mais il a semblé au Tribunal qu’il y avait peu d’interactions sur le plan social, sinon aucune, entre Emily et ses pairs dans la classe ordinaire. Bien qu’il ne s’agisse pas d’un élément central de sa décision, le Tribunal était également d’avis que certaines adaptations apportées à la salle de classe, comme un pupitre spécial, l’aide sur le plan physique et la surveillance supplémentaire d’éducatrices adjointes, étaient raisonnables, mais qu’il n’était pas raisonnablement possible de répondre à ses besoins spéciaux sur le plan de la sécurité sans modifier radicalement la salle de classe ou établir un niveau très isolateur de surveillance par un adulte.

72

73

74

The Court of Appeal, at p. 9, was of the view that the Tribunal stated the principal issue as “whether Emily Eaton’s special needs can be met best in a regular class or in a special class”, but that it never actually answered this question. Rather, the Court of Appeal held that the Tribunal found that the integrated placement was inadequate without finding that the segregated placement would be any better. It held that the Tribunal ought not to have ordered a segregated placement unless it found that the segregated placement was better than the integrated placement.

75

In my view, the Tribunal did answer the question which it set itself, namely, which placement was superior. While it did not specifically state that the segregated placement was superior to the integrated placement, its findings clearly indicated this conclusion. The Tribunal grouped its findings into several categories of needs and interests implicated in education. With respect to Emily’s communication needs, the Tribunal clearly found that “[b]ecause this need is of such over-riding importance for Emily, it makes sense to address it, at least initially, and until she demonstrates some minimal competence, in a setting where there will be maximum opportunity for [individualized, highly specialized, extremely intense, one-on-one] instruction”. While the Tribunal did not indicate how Emily’s academic or social needs would be better met in the segregated placement than in the integrated placement, it clearly concluded that these needs were not only unsatisfied, but that she was being isolated in a “disserving and potentially insidious way”. The Tribunal also found that, with respect to Emily’s physical safety, the special classroom was superior to the integrated classroom. The Tribunal looked at several categories of needs and pointed out that some, including the most important for Emily, would be better met in the segregated classroom. With respect to the others, while an express conclusion was not drawn as to how the segregated classroom would be supe-

La Cour d’appel était d’avis, à la p. 9, que le Tribunal a énoncé la question principale comme étant de [TRADUCTION] «savoir s’il est possible de mieux répondre aux besoins spéciaux d’Emily Eaton dans une classe ordinaire ou dans une classe spéciale», mais qu’il n’a jamais vraiment répondu à cette question. Plus précisément, la Cour d’appel a conclu que le Tribunal a jugé que le placement intégré n’était pas adéquat, sans déclarer que le placement dans un milieu à part serait meilleur. Elle a statué que le Tribunal n’aurait pas dû ordonner un placement dans un milieu à part à moins qu’il ait considéré que celui-ci était meilleur que le placement intégré.

À mon avis, le Tribunal a effectivement répondu à la question qu’il avait énoncée, à savoir quel genre de placement était supérieur. Bien qu’il n’ait pas expressément dit que le placement dans un milieu à part était supérieur au placement intégré, les observations qu’il a formulées indiquaient clairement une telle conclusion. Le Tribunal a regroupé ses observations en plusieurs catégories de besoins et intérêts en matière d’éducation. En ce qui a trait aux besoins d’Emily sur le plan de la communication, le Tribunal a clairement déterminé que, [TRADUCTION] «[c]omme ce besoin est d’une importance tellement primordiale pour [Emily], il est logique d’en tenir compte, du moins au début, et jusqu’à ce qu’elle montre une capacité minimale, dans un cadre où elle aura le plus de chances de recevoir un [. . .] enseignement [très individualisé, grandement spécialisé, extrêmement intensif et très personnalisé]». Bien que le Tribunal n’ait pas indiqué comment on répondrait mieux aux besoins d’Emily sur le plan intellectuel ou social dans le cadre du placement dans un milieu à part que dans celui du placement intégré, il a clairement conclu que non seulement on n’a pas répondu à ces besoins mais qu’elle était isolée «à son détriment, et ce, d’une manière qui peut être insidieuse». Le Tribunal était également d’avis que, en ce qui concerne la sécurité physique d’Emily, la salle de classe spéciale était supérieure à la classe intégrée. Il a examiné plusieurs catégories de besoins et a fait remarquer qu’on répondrait mieux à certains, dont les plus importants pour Emily, dans la salle de classe à part. Pour ce qui est des

rior, the inefficacy of the integrated classroom was established.

The Tribunal, therefore, balanced the various educational interests of Emily Eaton, taking into account her special needs, and concluded that the best possible placement was in the special class. It is important to note that the placement proposed was in a class located in a regular school where "the special class is integrated with the regular classes through morning circle and a buddy system which may include hand-over-hand art activities, music, reading, outings such as walks and recess, special activities like assemblies, mini olympics, interactive games, including rolling balls and playing catch" according to the testimony of the teacher of the class in which the Board proposed to place Emily. In addition, the Tribunal alluded to the requirement of ongoing assessment of Emily's best interests so that any changes in her needs could be reflected in the placement. Finally, the Tribunal stated:

... our decision in favour of a special class placement does not relieve the school board and the parents of the obligation to collaborate creatively in a continuing effort to meet her present and future needs. Emily's is so unusual a case that unusual responses may well be necessary for her. Such achievements can only be realized through cooperation, and most important, compromise.

It seems incongruous that a decision reached after such an approach could be considered a burden or a disadvantage imposed on a child.

We cannot forget, however, that for a child who is young or unable to communicate his or her needs or wishes, equality rights are being exercised on his or her behalf, usually by the child's parents. Moreover, the requirements for respecting these rights in this setting are decided by adults who have authority over this child. For this reason, the decision-making body must further ensure that

autres, bien qu'il n'ait pas tiré expressément de conclusion quant à savoir comment la salle de classe à part serait supérieure, l'inefficacité de la salle de classe intégrée a été établie.

Le Tribunal a donc mesuré les différents intérêts d'Emily Eaton sur le plan éducationnel, en tenant compte de ses besoins spéciaux, et a conclu que le meilleur placement possible était dans la classe spéciale. Il importe de noter que le placement proposé était dans une classe située dans une école régulière où, selon le témoignage du titulaire de la classe dans laquelle le conseil proposait de placer Emily [TRADUCTION] «la classe spéciale est intégrée aux classes ordinaires au moyen de la rencontre du matin et d'un système d'apprentissage par jumelage qui peut comprendre des activités artistiques avec guidage de la main, de la musique, de la lecture, des sorties telles que des marches et les récréations, des activités spéciales comme des réunions, des mini-olympiques, des jeux interactifs comme faire rouler un ballon ou jouer à la balle». En outre, le Tribunal a fait allusion à la nécessité d'évaluer de façon continue l'intérêt d'Emily, de sorte que tout changement dans ses besoins puisse se refléter dans le placement. En dernier lieu, le Tribunal a déclaré:

[TRADUCTION] ... notre décision en faveur du placement dans une classe spéciale ne dégage pas le conseil scolaire et les parents de l'obligation de collaborer de façon créative et continue afin de répondre à ses besoins actuels et futurs. Le cas d'Emily est tellement inhabituel que des réponses inhabituelles peuvent bien s'imposer dans son cas. De tels résultats ne peuvent être obtenus que par la coopération et, ce qui est le plus important, par le compromis.

Il semble bizarre qu'une décision découlant d'une telle démarche puisse être considérée comme un fardeau ou un désavantage imposé à un enfant.

Nous ne devons toutefois pas oublier que, dans le cas d'un enfant qui est jeune ou incapable de communiquer ses besoins ou ses désirs, les droits à l'égalité sont exercés en son nom, habituellement par ses parents. De plus, les conditions requises pour le respect de ces droits dans ce cadre sont établies par des adultes qui exercent une autorité sur cet enfant. Pour cette raison, l'instance décision-

its determination of the appropriate accommodation for an exceptional child be from a subjective, child-centred perspective, one which attempts to make equality meaningful from the child's point of view as opposed to that of the adults in his or her life. As a means of achieving this aim, it must also determine that the form of accommodation chosen is in the child's best interests. A decision-making body must determine whether the integrated setting can be adapted to meet the special needs of an exceptional child. Where this is not possible, that is, where aspects of the integrated setting which cannot reasonably be changed interfere with meeting the child's special needs, the principle of accommodation will require a special education placement outside of this setting. For older children and those who are able to communicate their wishes and needs, their own views will play an important role in the determination of best interests. For younger children, and those like Emily, who are either incapable of making a choice or have a very limited means of communicating their wishes, the decision-maker must make this determination on the basis of the other evidence before it.

nelle doit en outre s'assurer que sa décision au sujet de l'arrangement approprié dans le cas d'un enfant en difficulté soit prise dans une optique subjective et orientée vers l'enfant, qui tente de rendre l'égalité significative du point de vue de l'enfant par opposition à celui des adultes qui l'entourent. Pour atteindre ce but, elle doit également s'assurer que le genre d'arrangement choisi est dans l'intérêt de l'enfant. Une instance décisionnelle doit déterminer si le cadre intégré peut être adapté pour répondre aux besoins spéciaux d'un enfant en difficulté. Lorsque ce n'est pas possible, c'est-à-dire lorsque des aspects du cadre intégré qui ne peuvent pas raisonnablement être modifiés empêchent de répondre aux besoins spéciaux de l'enfant, le principe de l'arrangement exigera un placement spécial à l'extérieur de ce cadre. Dans le cas des enfants plus âgés et de ceux qui peuvent communiquer leurs désirs et leurs besoins, leur opinion jouera un rôle important dans la détermination de leur intérêt. Dans le cas des enfants plus jeunes et de ceux qui, comme Emily, sont incapables de faire un choix ou ont des moyens très limités de communiquer leurs désirs, l'instance décisionnelle doit prendre cette décision en tenant compte des autres éléments de preuve portés à sa connaissance.

78 The Court of Appeal was of the view that the Tribunal's reasoning infringed s. 15(1) because the *Charter* mandates a presumption in favour of integration. This presumption is displaced if the parents consent to a segregated placement. This is reflected in the remedy that the Court of Appeal found to be appropriate. Section 8 of the Act was to be read to include a direction that, unless the parents of a disabled child consent to the placement of the child in a segregated environment, the presumption applies.

La Cour d'appel était d'avis que le raisonnement suivi par le Tribunal contrevenait au par. 15(1) parce que la *Charte* impose une présomption en faveur de l'intégration. Cette présomption est écartée si les parents donnent leur consentement à un placement dans un milieu à part. Cela se reflète dans la réparation que la Cour d'appel a jugée appropriée. L'article 8 de la Loi devait se lire de façon à comprendre une directive selon laquelle, à moins que les parents d'un enfant handicapé consentent à son placement dans un milieu à part, la présomption s'applique.

79 In my view, the application of a test designed to secure what is in the best interests of the child will best achieve that objective if the test is unencumbered by a presumption. The operation of a presumption tends to render proceedings more technical and adversarial. Moreover, there is a risk that in some circumstances, the decision may be made by default rather than on the merits as to what is in

À mon avis, l'application d'un critère conçu afin de s'assurer de ce qui est dans le meilleur intérêt de l'enfant atteindra mieux cet objectif si le critère est libre de toute présomption. L'application d'une présomption tend à rendre la procédure plus technique et plus accusatoire. En outre, il y a un risque que, dans certains cas, la décision soit prise par défaut plutôt qu'au fond quant à ce qui est dans le

the best interests of the child. I would also question the view that a presumption as to the best interests of a child is a constitutional imperative when the presumption can be automatically displaced by the decision of the child's parents. Such a result runs counter to decisions of this Court that the parents' view of their child's best interests is not dispositive of the question. See *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315.

I conclude that the placement of Emily which was confirmed by the Tribunal did not constitute the imposition of a burden or disadvantage nor did it constitute the withholding of a benefit or advantage from the child. Neither the Tribunal's order nor its reasoning can be construed as a violation of s. 15. The approach that the Tribunal took is one that is authorized by the general language of s. 8(3) of the Act. I have concluded that the approach conforms with s. 15(1) of the *Charter*. In the circumstances, it is unnecessary and undesirable to consider whether the general language of s. 8(3) or the Regulations would authorize some other approach which might violate s. 15(1).

In the result, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the judgment of the Divisional Court is restored. The appellants are entitled to costs in this Court. I would not award any costs in the Court of Appeal.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant the Brant County Board of Education: Hicks, Morley, Hamilton, Stewart, Storie, Toronto.

Solicitor for the appellant the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the respondents: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.

meilleur intérêt de l'enfant. Je mettrais également en doute l'opinion selon laquelle une présomption relative au meilleur intérêt d'un enfant s'impose sur le plan constitutionnel, lorsque la présomption peut être automatiquement écartée par la décision des parents de l'enfant. Un tel résultat va à l'encontre des décisions de notre Cour selon lesquelles ce n'est pas l'opinion des parents quant au meilleur intérêt de leur enfant qui tranche la question. Voir *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

Je conclus que le placement d'Emily qui a été confirmé par le Tribunal ne constituait pas l'imposition d'un fardeau ou d'un désavantage ni par ailleurs le refus d'un avantage ou bénéfice à cette enfant. Ni l'ordonnance du Tribunal ni le raisonnement qu'il a suivi ne peuvent s'interpréter comme une violation de l'art. 15. La démarche retenue par le Tribunal est autorisée par le libellé général du par. 8(3) de la Loi. Je suis d'avis que cette démarche est conforme au par. 15(1) de la *Charte*. Dans les circonstances, il n'est ni nécessaire ni souhaitable de se demander si le libellé général du par. 8(3) et du Règlement autoriserait une autre démarche, qui pourrait violer le par. 15(1).

En conséquence, le pourvoi est accueilli, le jugement de la Cour d'appel est infirmé et celui de la Cour divisionnaire est rétabli. Les appelants ont droit aux dépens en notre Cour. Je suis d'avis de ne pas accorder les dépens en Cour d'appel.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant le Conseil scolaire du comté de Brant: Hicks, Morley, Hamilton, Stewart, Storie, Toronto.

Procureur de l'appelant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur des intimés: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the interveners the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law and the Learning Disabilities Association of Ontario: The Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

Solicitors for the intervener the Ontario Public School Boards' Association: Hicks, Morley, Hamilton, Stewart, Storie, Toronto.

Solicitors for the intervener the Down Syndrome Association of Ontario: McCarthy, Tétreault, Toronto.

Solicitors for the interveners the Council of Canadians with Disabilities, the Confédération des organismes de personnes handicapées du Québec, the Canadian Association for Community Living and People First of Canada: McMillan, Binch, Toronto, and Sanson & Hart, Toronto.

Solicitors for the intervener the Easter Seal Society: Eberts, Symes, Street & Corbett, Toronto.

Solicitor for the intervener the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse: Philippe Robert de Massy, Montreal.

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 Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur des intervenantes la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law et la Learning Disabilities Association of Ontario: La Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des conseils scolaires publics de l'Ontario: Hicks, Morley, Hamilton, Stewart, Storie, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association Syndrome Down de l'Ontario: McCarthy, Tétreault, Toronto.

Procureurs des intervenants le Conseil des Canadiens avec déficiences, la Confédération des organismes de personnes handicapées du Québec, l'Association canadienne pour l'intégration communautaire et Les personnes d'abord du Canada: McMillan, Binch, Toronto, et Sanson & Hart, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Société du timbre de Pâques: Eberts, Symes, Street & Corbett, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse: Philippe Robert de Massy, Montréal.