

The Protestant School Board of Greater Montreal, the Greater Quebec School Board, the Lakeshore School Board and the Quebec Association of Protestant School Boards
Appellants

v.

The Attorney General of Quebec *Respondent*
and

The Attorney General for Ontario and the Attorney General of Newfoundland
Interveners

INDEXED AS: GREATER MONTREAL PROTESTANT SCHOOL BOARD v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 20415.

1988: June 7; 1989: March 16.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain* and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Education — Rights and privileges respecting denominational schools — Regulations establishing a uniform curriculum for all schools in Quebec — Special allowance made for moral and religious instruction in schools recognized as Catholic or Protestant — Whether provincial legislation and the regulations adopted thereunder ultra vires the Quebec legislature — Constitution Act, 1867, s. 93(1), (2) — Education Act, R.S.Q., c. I-14, s. 16(7) — Regulation respecting the basis of elementary school and preschool organization, (1981) 115 O.G. II 1213 — Regulation respecting the basis for secondary school organization, (1981) 115 O.G. II 1223.

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Education — Powers, privileges or duties conferred by law on the separate schools and school trustees of Upper Canada at the time of Union extended by s. 93(2) of the Constitution Act, 1867 to the dissentient schools of Quebec — Whether all those powers, privileges or duties enjoy the constitutional protection of s. 93(1) — Constitution Act, 1867, s. 93(1), (2).

* Le Dain J. took no part in the judgment.

La Commission des écoles protestantes du Grand Montréal, la Commission scolaire Greater Québec, la Commission scolaire Lakeshore et l'Association des commissions scolaires protestantes du Québec *Appelantes*

c.

Le procureur général du Québec *Intimé*

b et

Le procureur général de l'Ontario et le procureur général de Terre-Neuve
Intervenants

c

RÉPERTORIÉ: GRAND MONTRÉAL, COMMISSION DES ÉCOLES PROTESTANTES c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 20415.

d

1988: 7 juin; 1989: 16 mars.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain* et La Forest.

e

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Éducation — Droits et privilèges relatifs aux écoles confessionnelles — Règlements établissant un programme d'études uniforme pour toutes les écoles du Québec — Dispositions spéciales prévues pour l'enseignement religieux et moral dans les écoles reconnues comme catholiques ou protestantes — La loi provinciale et ses règlements d'application sont-ils ultra vires de la législature du Québec? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93(1), (2) — Loi sur l'instruction publique, L.R.Q., chap. I-14, art. 16(7) — Règlement concernant le régime pédagogique du primaire et l'éducation préscolaire, (1981) 115 G.O. II 1733 — Règlement concernant le régime pédagogique du secondaire, (1981) 115 G.O. II 1743.

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Éducation — L'article 93(2) de la Loi constitutionnelle de 1867 étend aux écoles dissidentes du Québec les pouvoirs, privilèges ou devoirs conférés par la loi aux écoles séparées et aux syndicats d'écoles du Haut-Canada lors de l'Union — Tous ces pouvoirs, privilèges ou devoirs bénéficient-ils de la protection constitutionnelle de l'art. 93(1)? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93(1), (2).

* Le juge Le Dain n'a pas pris part au jugement.

The Government of Quebec adopted, under s. 16(7) of the *Education Act*, two regulations which purported to establish a uniform curriculum for all non-denominational subjects for all schools in Quebec. The government made special allowance in its uniform curriculum for moral and religious instruction in schools recognized as Catholic or Protestant. The content of this component of a pupil's curriculum was not determined by the Minister of Education under the impugned regulations but by the Catholic or Protestant committee of the Conseil supérieur de l'éducation in regulations made by those bodies. Furthermore, the school board was not without input for the curricula other than religious and moral instruction. It was charged with adapting the province-wide regime to local needs and adding to the prescribed curricula when necessary, with approval. The school board also participated in the evaluation of the curricula.

Before the Superior Court, the appellants sought a declaration that s. 16(7) of the *Education Act* and the regulations adopted thereunder were *ultra vires* as being inconsistent with s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*. The Court dismissed appellants' motion and the judgment was upheld by the Court of Appeal. In this Court, the appellants argued that s. 16(7) of the *Education Act* and the regulations were *ultra vires* the province because they violated a right protected under s. 93(1) enabling the Protestant minority in Quebec to manage and control its own schools and to regulate, subject to provincial rules of general application, the course of study to be followed in those schools. As an alternative, they argued that s. 93(2) of the *Constitution Act, 1867* extended the power or privilege to determine the exact content of curriculum enjoyed by trustees in Upper Canada to the Quebec Protestants.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Beetz, McIntyre, Lamer and La Forest JJ.: Under section 93(1) of the *Constitution Act, 1867*, the province has exclusive jurisdiction to legislate with respect to education, but it cannot prejudicially affect a right or privilege affecting denominational schools enjoyed by a particular class of persons by law in effect at the time of the Union. Section 93(1) protects not only the denominational aspects of denominational schools but also the non-denominational aspects which are necessary to give effect to denominational guarantees. The fact that the

Le gouvernement du Québec a adopté, en vertu du par. 16(7) de la *Loi sur l'instruction publique*, deux règlements ayant pour effet d'établir un programme d'études uniforme pour toutes les matières non confessionnelles dans toutes les écoles du Québec. Le gouvernement a spécialement prévu dans son programme d'études uniforme un enseignement moral et religieux dans les écoles reconnues comme catholiques ou protestantes. Le contenu de cet élément du programme d'études d'un élève n'était pas déterminé par le ministre de l'Éducation en vertu des règlements attaqués, mais par le comité catholique ou le comité protestant du Conseil supérieur de l'éducation dans des règlements faits par ces comités. Par ailleurs, la commission scolaire prend part à l'élaboration des programmes d'études dans d'autres domaines que l'enseignement religieux et moral. Il lui incombe d'adapter aux besoins locaux le régime établi pour l'ensemble de la province et de faire des ajouts, si besoin est et avec l'approbation nécessaire, aux programmes d'études prescrits. De plus, la commission scolaire participe à l'évaluation des programmes d'études.

En Cour supérieure, les appelantes ont cherché à faire déclarer *ultra vires*, pour cause d'incompatibilité avec le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le par. 16(7) de la *Loi sur l'instruction publique* et ses règlements d'application. La Cour a rejeté la requête des appelantes et la Cour d'appel a maintenu ce jugement. En cette Cour, les appelantes ont soutenu que le par. 16(7) de la *Loi sur l'instruction publique* et ses règlements d'application excèdent la compétence de la province parce qu'ils violent un droit protégé par le par. 93(1), savoir le droit de la minorité protestante au Québec d'administrer et de diriger ses propres écoles et de régler, sous réserve de règles provinciales d'application générale, le programme d'études à suivre dans ces écoles. Elles ont fait valoir subsidiairement que le par. 93(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* étend aux protestants du Québec le droit ou le privilège conféré aux syndics du Haut-Canada d'établir le contenu exact des programmes d'études.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges Beetz, McIntyre, Lamer et La Forest: Aux termes du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la province a compétence exclusive pour légiférer en matière d'éducation, mais elle ne peut préjudicier à un droit ou à un privilège relatif aux écoles confessionnelles, que conférerait à une classe particulière de personnes une loi en vigueur lors de l'Union. Le paragraphe 93(1) protège non seulement les aspects confessionnels des écoles confessionnelles mais aussi les aspects non confessionnels qui sont nécessaires pour rendre efficaces les

guarantee is constitutionally entrenched is relevant to its interpretation. As a constitutional text, s. 93(1) may deserve a "purposive" interpretation but, in so doing, courts must not improperly amplify the provision's purpose. While it may be rooted in notions of tolerance and diversity, the exception in s. 93(1) is not a blanket affirmation of freedom of religion or freedom of conscience. The entrenched right of specified classes of persons in a province to enjoy publicly-sponsored denominational schools based on a fixed statutory bench-mark should not be construed as a *Charter* human right or freedom.

In this case, the impugned legislation and regulations are *intra vires* the Quebec legislature. The Minister of Education successfully crafted regulations falling within the parameters of the provincial authority in relation to education and respecting the constitutional guarantees in s. 93(1). Under the scheme established by the regulations, the Minister has a broad power to establish a pedagogical regime for the preschools, elementary and secondary schools in the province. However, in schools recognized as Catholic or Protestant, it is the regulations of the Catholic or Protestant Committee of the Conseil supérieur de l'éducation which govern religious and moral instruction. The regulations under attack here do not purport to set the content of moral and religious instruction in Protestant schools. They go no further than to include such instruction among the courses deemed compulsory in all schools. By carving out the denominational content of curriculum and leaving it in the hands of the Protestant Committee of the Conseil, the province has conformed to the law in effect at the time of the Union which gave the "Curé, Priest or officiating Minister" the exclusive right of selecting the books having reference to religion and morals in denominational schools, and thus the authority to set the content of curricula pertaining to "religion and morals". This exception to the province's plenary power in relation to education — constitutionally entrenched by s. 93(1) — has not been violated.

The constitutional protection over non-denominational aspects of denominational schools necessary to give effect to denominational guarantees has not been violated by the regulations. The power which the school commissioners and trustees had in 1867 to "regulate the course of study" to be followed in denominational schools has been entrenched only in so far as this limited

garanties confessionnelles. Le fait qu'il s'agit d'une garantie constitutionnelle est un facteur pertinent pour son interprétation. En tant que texte constitutionnel, le par. 93(1) peut mériter d'être interprété «en fonction de son objet», mais les tribunaux doivent alors se garder de donner une portée induite à cet objet. Quoiqu'elle puisse avoir des racines dans les notions de tolérance et de diversité, l'exception énoncée au par. 93(1) ne constitue pas une affirmation générale de la liberté de religion ou de la liberté de conscience. Le droit constitutionnel reconnu à certaines classes de personnes, dans une province, d'avoir des écoles confessionnelles financées par l'État, selon une norme légale fixe, ne doit pas être interprété comme un droit ou une liberté de la personne garantis par la *Charte*.

En l'espèce la Loi et les règlements attaqués sont *intra vires* de la législature du Québec. Le ministre de l'Éducation a réussi à façonner des règlements qui restent à l'intérieur des limites de la compétence provinciale en matière d'éducation et respectent les garanties constitutionnelles énoncées au par. 93(1). Selon le système établi par les règlements, le ministre a le pouvoir général de créer un régime pédagogique pour l'éducation préscolaire et les écoles primaires et secondaires de la province. Toutefois, dans le cas des écoles reconnues comme catholiques ou protestantes, ce sont les règlements du comité catholique ou du comité protestant du Conseil supérieur de l'éducation qui régissent l'enseignement religieux et moral. Les règlements contestés dans la présente affaire n'ont pas pour effet de fixer le contenu de l'enseignement moral et religieux dans les écoles protestantes. Ils se bornent à inclure cet enseignement parmi les matières considérées comme obligatoires dans toutes les écoles. En ne touchant pas au contenu confessionnel du programme d'études, qui est laissé au comité protestant du Conseil, la province s'est conformée à la loi en vigueur lors de l'Union, qui donnait au «curé, prêtre ou ministre desservant» le droit exclusif de faire le choix des livres ayant rapport à la religion et à la morale pour les écoles confessionnelles et qui leur conférait par le fait même le pouvoir de déterminer le contenu des programmes d'études portant sur la «religion» et la «morale». Cette exception au pouvoir absolu de la province en matière d'éducation, exception à laquelle le par. 93(1) a donné valeur constitutionnelle, a été respectée.

La protection constitutionnelle des aspects non confessionnels des écoles confessionnelles qui sont nécessaires pour rendre efficaces les garanties confessionnelles est également assurée par les règlements. Le pouvoir de «régler le cours d'études» dans les écoles confessionnelles, qu'avaient en 1867 les commissaires et les syndics d'écoles, n'est constitutionnalisé que dans la mesure où

regulatory power is necessary to give effect to denominational guarantees. The impugned legislation and regulations meet the constitutional requirement by granting to the school boards the power to adapt prescribed curricula to local needs and to create additional curricula, subject to approval, where they deem it necessary and to participate in the evaluation of the curricula generally. The regulations therefore allow the school boards to exercise their 1867 power over the non-denominational aspects of denominational schools necessary to give effect to denominational guarantees.

Appellants' position that Protestant educational philosophy extends constitutional protection beyond what is necessary to give effect to denominational guarantees is unacceptable. The appellants are attacking non-denominational aspects of the curriculum which are not necessary to give effect to denominational guarantees. By associating the content of the constitutional guarantee with a Protestant educational philosophy founded upon pluralism, the appellants would give to the Protestant community a right or privilege to determine the curriculum used in denominational schools which is completely incompatible with the exercise of the general regulatory power of the province over matters of curriculum falling outside religious and moral education.

Finally, appellants' alternative contention based on s. 93(2) of the *Constitution Act, 1867* must be rejected. Section 93(2) extends all powers, privileges and duties (but not constitutional powers and privileges) conferred and imposed on the separate schools in Upper Canada at the time of Union to the dissentient schools in Quebec. But section 93(2) does not itself entrench rights or privileges which existed in either province by law in 1867. It is section 93(1), and not s. 93(2) on its own, which raises "Right[s] or Privilege[s] with respect to Denominational Schools" to the status of constitutional norms. Therefore, where, by the operation of s. 93(2), a power or privilege which existed at the time of Union in Upper Canada is "extended" to dissentient Quebec Protestants or Catholics, the inquiry as to what greater constitutional powers and privileges dissentient Quebec Protestants and Catholics may enjoy in their own province does not end there. The Court is still required, not by s. 93(2) but by s. 93(1), to apply s. 93(1) to determine whether the power or privilege extended from

ce pouvoir de réglementation limité est nécessaire pour rendre efficaces les garanties confessionnelles. La Loi et les règlements attaqués répondent à l'exigence constitutionnelle en donnant aux commissions scolaires le pouvoir d'adapter aux besoins locaux les programmes d'études prescrits, de créer, sous réserve qu'ils soient approuvés, d'autres programmes d'études lorsqu'elles le jugent nécessaire et de participer à l'évaluation des programmes d'études en général. Les règlements permettent donc aux commissions scolaires d'exercer le pouvoir qu'elles détenaient en 1867 sur les aspects non confessionnels des écoles confessionnelles qui sont nécessaires pour rendre efficaces les garanties confessionnelles.

On ne peut retenir la proposition des appelantes suivant laquelle la philosophie protestante en matière d'éducation implique une protection constitutionnelle dépassant ce qui est nécessaire pour rendre efficaces les garanties confessionnelles. Les appelantes attaquent des aspects non confessionnels du programme d'études qui ne sont pas nécessaires pour rendre efficaces les garanties confessionnelles. En associant le contenu de la garantie constitutionnelle à une philosophie protestante en matière d'éducation qui est fondée sur le pluralisme, les appelantes accorderaient à la collectivité protestante un droit ou un privilège de régler le programme d'études à suivre dans les écoles confessionnelles qui est tout à fait incompatible avec l'exercice par la province de son pouvoir général de réglementation à l'égard des questions touchant le programme d'études qui n'appartiennent pas au domaine de l'enseignement religieux et moral.

Finalement, l'argument subsidiaire des appelantes fondé sur le par. 93(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* doit être rejeté. Le paragraphe 93(2) étend aux écoles dissidentes du Québec tous les pouvoirs, privilèges et devoirs (mais non des pouvoirs et privilèges garantis par la Constitution) conférés ou imposés aux écoles séparées du Haut-Canada au moment de l'Union. Mais le par. 93(2) lui-même ne donne pas valeur constitutionnelle à des droits ou des privilèges conférés par la loi qui existaient dans l'une ou l'autre province en 1867. C'est le par. 93(1), et non le par. 93(2) pris isolément, qui érige en normes constitutionnelles les «droit[s] ou privilège[s] [...] relativement aux écoles confessionnelles». Par conséquent si, en application du par. 93(2), un pouvoir ou un privilège existant au moment de l'Union dans le Haut-Canada est «étendu» aux protestants ou aux catholiques dissidents du Québec, cela ne permet pas de déterminer complètement quels sont les droits et privilèges constitutionnels additionnels dont disposent les protestants et catholiques dissidents du Québec dans

Upper Canada to Quebec is "with respect to Denominational Schools" and whether that power or privilege is prejudicially affected by the legislation attacked in any given case. Accepting in this case that in 1867 in Upper Canada the exact content of a particular school's curriculum was, in the absence of specific regulation by the Council for Public Instruction of that province, to be by law left to the discretion of the separate school trustees, this extended power or privilege did not result in a wider constitutional protection for the appellants. The power to set curriculum extended to Quebec Protestants has, by the application of s. 93(1), only been entrenched in so far as it is necessary to give effect to the denominational guarantee in Quebec.

Per Dickson C.J. and Wilson J.: The Court is required under s. 93(2) of the *Constitution Act, 1867* to measure the protection afforded by law to separate schools in Ontario in 1867 against the protection afforded by law to dissentient schools in Quebec in 1867 and if, as a result of that comparison, it is found that the powers, privileges and duties of separate schools in Ontario in 1867 were greater, those additional powers, privileges or duties are extended by s. 93(2) to the dissentient schools in Quebec. Such additional powers, privileges or duties enjoy in general the constitutional protection of s. 93(1). Section 93(1) protection is not limited to powers, privileges or duties which relate specifically to the denominational aspects of such schools.

In the present case, however, the powers of the trustees of the separate schools in Ontario over the curriculum in their schools, which were extended by s. 93(2) to the dissentient schools in Quebec, were not constitutionally protected by s. 93(1) because they were subject in Ontario to the overriding regulatory authority of the Council of Public Instruction representing the province. It follows that, as far as curriculum is concerned, those powers, privileges and duties must be subject to that same regulatory authority on the part of the province of Quebec. The overriding regulatory authority of the province of Ontario, while it existed in law, could not be used to defeat the very purpose for which the separate schools in Ontario were established, namely the protection of Roman Catholic minority educational rights. Similarly, the province of Quebec cannot regulate the curriculum in the denominational schools in

leur propre province. La Cour est encore obligée, non par le par. 93(2) mais par le par. 93(1), d'appliquer le par. 93(1) afin de déterminer si le pouvoir ou privilège qui existait dans le Haut-Canada et que l'on a étendu au Québec est relatif aux écoles confessionnelles et si la loi attaquée dans une cause donnée préjudicie à ce pouvoir ou à ce privilège. Si l'on tient pour acquis en l'espèce qu'en 1867 dans le Haut-Canada, en l'absence d'un règlement exprès du Conseil d'instruction publique de cette province, la loi laissait aux syndics d'écoles séparées le soin de fixer le contenu précis du programme d'études d'une école particulière, le pouvoir ou le privilège ainsi étendu n'a pas eu pour effet de faire bénéficier les appelantes d'une plus grande protection constitutionnelle. Le pouvoir d'établir le programme d'études qui a été étendu aux protestants du Québec n'est constitutionnalisé par l'application du par. 93(1) qu'autant que cela est nécessaire pour rendre efficace la garantie confessionnelle au Québec.

Le juge en chef Dickson et le juge Wilson: Le paragraphe 93(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* oblige la Cour à comparer la protection accordée par la loi aux écoles séparées de l'Ontario en 1867 et celle accordée par la loi aux écoles dissidentes du Québec en la même année. Si cette comparaison révèle que les pouvoirs, privilèges et devoirs des écoles séparées de l'Ontario en 1867 étaient plus grands, les pouvoirs, privilèges ou devoirs supplémentaires sont étendus aux écoles dissidentes du Québec par l'effet du par. 93(2). Ces pouvoirs, privilèges ou devoirs supplémentaires bénéficient en général de la protection constitutionnelle du par. 93(1). La protection du par. 93(1) ne se limite pas aux pouvoirs, aux privilèges ou aux devoirs qui se rapportent particulièrement aux aspects confessionnels de ces écoles.

En l'espèce toutefois, les pouvoirs des syndics des écoles séparées de l'Ontario sur le programme d'études dans leurs écoles, que le par. 93(2) a étendus aux écoles dissidentes du Québec, ne bénéficiaient pas de la protection du par. 93(1) de la Constitution parce qu'ils étaient soumis au pouvoir de réglementation prépondérant du Conseil d'instruction publique, qui représentait la province. Il s'ensuit que, en ce qui concerne le programme d'études, ces pouvoirs, privilèges et devoirs doivent être assujettis au même pouvoir de réglementation, détenu cette fois-ci par la province de Québec. Bien que la loi conférerait à la province de l'Ontario un pouvoir de réglementation prépondérant, on ne pouvait s'en servir pour contrecarrer le dessein même dans lequel les écoles séparées avaient été établies, savoir la protection des droits de la minorité catholique en matière d'éducation. De même, la province de Québec ne saurait réglementer

Quebec so as to undermine their distinctively denominational character. Therefore, even if the purpose of s. 93(2) was to enhance the constitutional protection afforded to dissentient schools in Quebec in order to equate their position with that of separate schools in Ontario, it would still be open to the legislature of Quebec to regulate the powers of dissentient school boards over curriculum, provided such regulation did not prejudicially affect the denominational character of such schools. Here, the impugned legislation and regulations did not prejudicially affect the denominational character of the denominational schools in Quebec. It was accordingly *intra vires* the Quebec legislature.

Cases Cited

By Beetz J.

Referred to: *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200; *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575; *Quebec Association of Protestant School Boards v. Attorney General of Quebec*, [1985] C.S. 872; *City of Winnipeg v. Barrett*, [1892] A.C. 445.

By Wilson J.

Referred to: *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148.

Statutes and Regulations Cited

Act for the further improvement of Grammar Schools in Upper Canada, S. Prov. C. 1865, 29 Vict., c. 23.

Act respecting Common Schools in Upper Canada, C.S.U.C. 1859, c. 64.

Act respecting Provincial Aid for Superior Education, — and Normal and Common Schools, C.S.L.C. 1861, c. 15, ss. 21(3), (4), 65(2).

Act respecting Separate Schools, C.S.U.C. 1859, c. 65.

Act respecting the Conseil supérieur de l'éducation, R.S.Q., c. C-60, ss. 2, 9(a), 17, 22, 30 [am. 1979, c. 23, s. 27].

Act to again amend the Education Act, S.Q. 1979, c. 80, s. 3.

Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., c. 5.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 23.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, s. 453.

Constitution Act, 1867, s. 93.

Education Act, R.S.Q., c. I-14, s. 16(7) [ad. 1979, c. 80, s. 3].

Regulation respecting the basis for secondary school organization, (1981) 115 O.G. II 1223.

le programme d'études des écoles confessionnelles du Québec d'une manière qui nuirait à leur caractère confessionnel distinctif. Donc, même si le par. 93(2) avait pour objet d'augmenter la protection constitutionnelle des écoles dissidentes du Québec afin de les mettre sur un pied d'égalité avec les écoles séparées de l'Ontario, le législateur québécois aurait encore compétence pour réglementer les pouvoirs des commissions d'écoles dissidentes sur le programme d'études, pourvu que cette réglementation ne préjudiciât pas au caractère confessionnel de ces écoles. En l'espèce, la Loi et les règlements attaqués ne préjudicient pas au caractère confessionnel des écoles confessionnelles du Québec. Ils sont donc *intra vires* de la législature du Québec.

c Jurisprudence

Citée par le juge Beetz

Arrêts mentionnés: *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200; *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575; *Quebec Association of Protestant School Boards c. Attorney General of Quebec*, [1985] C.S. 872; *City of Winnipeg v. Barrett*, [1892] A.C. 445.

Citée par le juge Wilson

Arrêt mentionné: *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148.

f Lois et règlements cités

Acte concernant l'allocation provinciale en faveur de l'éducation supérieure, — et les écoles normales et communes, S.R.B.C. 1861, chap. 15, art. 21(3), (4), 65(2).

Acte pour perfectionner davantage les écoles de grammaire dans le Haut-Canada, S. Prov. C. 1865, 29 Vict., chap. 23.

Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., chap. 5.

Act respecting Common Schools in Upper Canada, C.S.U.C. 1859, chap. 64.

Act respecting Separate Schools, C.S.U.C. 1859, chap. 65.

Charte canadienne des droits et libertés, art. 23.

Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25, art. 453.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 93.

Loi modifiant de nouveau la Loi sur l'instruction publique, L.Q. 1979, chap. 80, art. 3.

Loi sur le Conseil supérieur de l'éducation, L.R.Q., chap. C-60, art. 2, 9a), 17, 22, 30 [mod. 1979, chap. 23, art. 27].

Regulation respecting the basis of elementary school and preschool organization, (1981) 115 O.G. II 1213.

Authors Cited

Carignan, Pierre. "La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation" (1986), 20 *R.J.T.* 375.

Chevrette, François et Herbert Marx et André Tremblay. *Les problèmes constitutionnels posés par la restructuration scolaire de l'île de Montréal*. Québec: Ministère de l'Éducation, 1972.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1987] R.J.Q. 1028, 6 Q.A.C. 237, 41 D.L.R. (4th) 229, affirming a judgment of the Superior Court, [1986] R.J.Q. 48. Appeal dismissed.

Colin K. Irving and Allan R. Hilton, for the appellants.

Jean-Yves Bernard and Luc Leblanc, for the respondent.

John Cavarzan, Q.C., for the intervener the Attorney General for Ontario.

Alphonsus E. Faour, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

The reasons of Dickson C.J. and Wilson J. were delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of reading the judgment of my colleague, Justice Beetz, in this appeal and I am in complete agreement with him that the denominational content of education in denominational schools in Quebec is constitutionally protected by s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*. I agree with him also that the non-denominational content of education in denominational schools in Quebec is constitutionally protected by s. 93(1) to the extent the protection of such content is necessary to maintain the denominational character of those schools.

Loi sur l'instruction publique, L.R.Q., chap. I-14, art. 16(7) [aj. 1979, chap. 80, art. 3].

Règlement concernant le régime pédagogique du primaire et de l'éducation préscolaire, (1981) 115 G.O. II 1733.

^a *Règlement concernant le régime pédagogique du secondaire*, (1981) 115 G.O. II 1743.

Doctrines citées

^b Carignan, Pierre. «La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation» (1986), 20 *R.J.T.* 375.

Chevrette, François et Herbert Marx et André Tremblay. *Les problèmes constitutionnels posés par la restructuration scolaire de l'île de Montréal*. Québec: Ministère de l'Éducation, 1972.

^c Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.

^d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1987] R.J.Q. 1028, 6 Q.A.C. 237, 41 D.L.R. (4th) 229, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1986] R.J.Q. 48. Pourvoi rejeté.

^e Colin K. Irving et Allan R. Hilton, pour les appelantes.

^f Jean-Yves Bernard et Luc Leblanc, pour l'intimé.

John Cavarzan, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

^g Alphonsus E. Faour, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et du juge Wilson rendus par

^h LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par mon collègue le juge Beetz dans le présent pourvoi et je suis entièrement d'accord avec lui que le contenu confessionnel de l'éducation dans les écoles confessionnelles du Québec bénéficie de la protection constitutionnelle du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je partage également son avis que le contenu non confessionnel de l'éducation dans les écoles confessionnelles du Québec est protégé par le par. 93(1) de la Constitution dans la mesure où cette protection est nécessaire pour maintenir le caractère confessionnel de ces écoles.

However, I respectfully differ from my colleague as to the way in which s. 93(1) and (2) of the *Constitution Act, 1867* relate to one another for purposes of determining the full measure of the constitutional protection afforded to denominational schools in the province of Quebec. I reproduce these provisions here for convenience:

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

- (1) Nothing in any such Law shall prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union:
- (2) All the Powers, Privileges and Duties at the Union by Law conferred and imposed in Upper Canada on the Separate Schools and School Trustees of the Queen's Roman Catholic Subjects shall be and the same are hereby extended to the Dissident Schools of the Queen's Protestant and Roman Catholic Subjects in Quebec:

Section 93(1) precludes the enactment by the Quebec legislature of any law which prejudicially affects any "Right or Privilege" which "any Class of Persons" had by law in Quebec in 1867 "with respect to Denominational Schools". This calls as a first step for a historical analysis to determine what those rights and privileges were. My colleague has undertaken that analysis.

Section 93(2) provides that all the powers, privileges and duties which were conferred or imposed by law in 1867 on separate schools in Ontario "shall be and the same are hereby extended" to dissentient schools in Quebec. This, in turn, requires a review of the powers, privileges and duties of separate schools in Ontario in 1867 to see whether they are greater than the powers, privileges and duties dissentient Protestants and Roman Catholics had with respect to their schools in Quebec in 1867. This Court undertook the historical analysis required in order to ascertain the extent of the powers, privileges and duties of separate schools in Ontario in the *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148 (hereinafter the "*Separate Schools Reference*").

Avec égards, je ne suis cependant pas du même avis que mon collègue sur l'effet réciproque des par. 93(1) et (2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* lorsqu'il s'agit de déterminer toute l'étendue de la protection constitutionnelle accordée aux écoles confessionnelles de la province de Québec. Voici le texte de ces dispositions:

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

- (1) Rien dans cette législation ne devra préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles;
- (2) tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés ou imposés par la loi dans le Haut-Canada, lors de l'Union, aux écoles séparées et aux syndics d'écoles des sujets catholiques romains de la Reine, seront et sont par les présentes étendus aux écoles dissidentes des sujets protestants et catholiques romains de la Reine dans la province de Québec;

Le paragraphe 93(1) empêche le législateur québécois d'adopter une loi qui préjudicie à un «droit ou privilège conféré par la loi» en 1867 «à quelque classe particulière de personnes» au Québec «relativement aux écoles confessionnelles». Il faut donc, dans une première étape, déterminer par une analyse historique quels étaient ces droits et privilèges. Cette analyse a été faite par mon collègue.

Suivant le par. 93(2), tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés ou imposés par la loi en 1867 aux écoles séparées de l'Ontario «seront et sont par les présentes étendus» aux écoles dissidentes du Québec. Il faut donc examiner les pouvoirs, privilèges et devoirs des écoles séparées de l'Ontario en 1867 pour voir si leur étendue dépasse celle des pouvoirs, privilèges et devoirs qu'avaient les protestants et catholiques dissidents du Québec relativement à leurs écoles en 1867. Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148 (ci-après le «*Renvoi relatif aux écoles séparées*»), cette Cour a fait l'analyse historique nécessaire pour déterminer l'étendue des pouvoirs, privilèges et devoirs des écoles séparées de l'Ontario.

Section 93(2) then requires us to measure the protection afforded by law to separate schools in Ontario in 1867 against the protection afforded by law to dissentient schools in Quebec in 1867 and if, as a result of that comparison, it is found that the powers, privileges and duties of separate schools in Ontario were greater, those additional powers, privileges and duties (as the case may be) are extended by s. 93(2) to the dissentient schools in Quebec. The question then becomes whether such additional powers, privileges and duties (if any) enjoy the constitutional protection of s. 93(1) and this in turn may depend in part on the meaning to be attached to the words "with respect to Denominational Schools" in that subsection.

My colleague interprets the words "with respect to Denominational Schools" in s. 93(1) as if they read "with respect to the denominational aspects of Denominational Schools". In other words, he reads "with respect to Denominational Schools" as limiting s. 93(1) protection to the powers, privileges and duties extended to dissentient schools in Quebec by s. 93(2) which relate specifically to the denominational aspects of such schools. While other powers, privileges and duties may be extended by s. 93(2) to dissentient schools in Quebec, they are not, according to my colleague's interpretation, immune from the Quebec legislature under s. 93(1).

The difficulty raised by this interpretation of s. 93(1) is that it requires us to decide which powers, privileges and duties of separate schools in Ontario at the Union were related to the denominational aspects of such schools and which were not. Yet we know from the Ontario pre-Confederation legislation and the *Separate Schools Reference*, *supra*, that the protection provided to the separate schools in Ontario at the Union was not through identifiable aspects of the curriculum but through the separate school trustees' substantial measure of control over the curriculum by virtue of their authority to hire teachers and prescribe the subjects they were to teach. Roman Catholics were protected in Ontario with respect to the type of instruction given in their schools by the authority

Le paragraphe 93(2) exige ensuite que nous comparions la protection accordée par la loi aux écoles séparées de l'Ontario en 1867 et celle accordée par la loi aux écoles dissidentes du Québec en la même année et, si cette comparaison révèle que les pouvoirs, privilèges et devoirs des écoles séparées de l'Ontario étaient plus grands, les pouvoirs, privilèges ou devoirs (selon le cas) supplémentaires sont étendus par le par. 93(2) aux écoles dissidentes du Québec. La question qui se pose alors est de savoir si ces pouvoirs, privilèges et devoirs supplémentaires (s'il en est) bénéficient de la protection constitutionnelle du par. 93(1), ce qui peut dépendre en partie du sens attribué à l'expression «relativement aux écoles confessionnelles» dans ce paragraphe.

Mon collègue interprète «relativement aux écoles confessionnelles» au par. 93(1) comme si cette expression signifiait: «relativement aux aspects confessionnels des écoles confessionnelles». En d'autres termes, l'expression «relativement aux écoles confessionnelles» limite, à son avis, la protection du par. 93(1) aux pouvoirs, privilèges et devoirs qui ont été étendus aux écoles dissidentes du Québec par le par. 93(2) et qui se rapportent spécifiquement aux aspects confessionnels de ces écoles. Quoique le par. 93(2) puisse étendre d'autres pouvoirs, privilèges et devoirs aux écoles dissidentes du Québec, le par. 93(1), suivant l'interprétation de mon collègue, ne protège pas ceux-ci contre le législateur québécois.

La difficulté que présente cette interprétation du par. 93(1) tient à ce qu'elle nous oblige à déterminer quels pouvoirs, privilèges et devoirs des écoles séparées de l'Ontario, à l'époque de l'Union, se rapportaient aux aspects confessionnels de ces écoles et lesquels ne s'y rapportaient pas. Or nous savons que, selon les lois en vigueur en Ontario avant la Confédération et selon le *Renvoi relatif aux écoles séparées*, précité, la protection accordée aux écoles séparées de l'Ontario au moment de l'Union était assurée non par des aspects déterminables du programme d'études, mais par le large contrôle que les syndicats d'écoles séparées pouvaient exercer sur le programme d'études puisqu'ils étaient autorisés à engager les instituteurs et à prescrire les matières enseignées par ces derniers.

over curriculum conferred on the trustees. The trustees of the separate schools, in effect, were given the same authority over the curriculum in their schools as the common school trustees enjoyed with respect to the curriculum in the common schools.

However, and I believe that this is at the heart of the difficulty in reading s. 93(1) and (2) together, the power of the trustees in the separate schools in Ontario over the courses taught was, like the power of the trustees of the common schools, subject to the overriding regulatory authority of the Council of Public Instruction representing the province. The trustees' power was not absolute and, even although no regulations had in fact been passed in Ontario in relation to the curriculum by the time of Union, the overriding regulatory authority of the province was there by law. It seems to me therefore that, as far as curriculum is concerned, the powers, privileges and duties of the separate school trustees which are extended by s. 93(2) to the dissentient schools in Quebec must be subject to that same regulatory authority on the part of the province of Quebec.

What is the effect then of the opening words of s. 93(1)? Do they remove the regulatory authority of the province so that the powers of dissentient school trustees over curriculum becomes absolute in Quebec? I would think not since this would give a greater degree of constitutional protection to dissentient schools in Quebec than was enjoyed by separate schools in Ontario. This is clearly contrary to the intent of s. 93(2). I think there are two possible approaches to the question. The first is to say that, because of the overriding regulatory authority of the province of Ontario, there are no additional powers, privileges and duties with respect to curriculum falling under the constitutional protection of s. 93(1) by virtue of the extension in s. 93(2). The power of the separate school trustees over curriculum was illusory because it was defeasible. There was nothing to extend. The second is to say that the regulatory authority of the province of Ontario was limited and did not

Pour les catholiques de l'Ontario, la protection du type d'enseignement dispensé dans leurs écoles, était assurée par le pouvoir conféré aux syndics sur le programme d'études. Les syndics des écoles séparées avaient obtenu le même pouvoir sur le programme d'études dans leurs écoles que celui que détenaient les syndics d'écoles communes sur le programme d'études dans les leurs.

Toutefois, et je crois que cela est au cœur de la difficulté qu'il y a à interpréter ensemble les par. 93(1) et (2), le pouvoir des syndics des écoles séparées de l'Ontario sur les cours enseignés était, comme le pouvoir des syndics des écoles communes, soumis au pouvoir de réglementation prépondérant du Conseil d'instruction publique, qui représentait la province. Le pouvoir des syndics n'était pas absolu et, bien qu'aucun règlement concernant le programme d'études n'eût en fait été pris en Ontario au moment de l'Union, la province n'en détenait pas moins, de par la loi, ce pouvoir de réglementation prépondérant. Je suis donc d'avis qu'en ce qui concerne le programme d'études, les pouvoirs, privilèges et devoirs des syndics d'écoles séparées que le par. 93(2) étend aux écoles dissidentes du Québec doivent être assujettis au même pouvoir de réglementation, détenu cette fois-ci par la province de Québec.

Quel est donc l'effet de la disposition liminaire du par. 93(1)? Enlève-t-elle à la province son pouvoir de réglementation, de sorte que le pouvoir des syndics d'écoles dissidentes sur le programme d'études devient absolu au Québec? Je ne le crois pas parce que les écoles dissidentes du Québec bénéficieraient alors d'une plus grande protection constitutionnelle que les écoles séparées de l'Ontario. Cela irait nettement à l'encontre de l'objet du par. 93(2). Selon moi, il y a deux manières possibles d'aborder la question. La première consiste à dire qu'en raison du pouvoir de réglementation prépondérant de la province de l'Ontario, il n'existe aucun pouvoir, privilège et devoir supplémentaire relatif au programme d'études qui reçoive la protection du par. 93(1) de la Constitution par suite de l'extension que prévoit le par. 93(2). Le pouvoir des syndics d'écoles séparées sur le programme d'études était illusoire parce qu'il pouvait lui être enlevé. Il n'y avait en conséquence rien à

extend to those aspects of the curriculum which were necessary for the maintenance and preservation of the denominational character of the separate schools. In other words, while the overriding regulatory authority of the province of Ontario was there in law, it could not be used to defeat the very purpose for which the separate schools were established, namely the protection of Roman Catholic minority educational rights. Similarly, the province of Quebec cannot regulate the curriculum in the denominational schools in Quebec so as to undermine their distinctively denominational character.

I favour the second approach and it leads me to conclude that, even if the purpose of s. 93(2) was to enhance the constitutional protection afforded to dissentient schools in Quebec in order to equate their position with that of separate schools in Ontario (and I think it was), it would still be open to the legislature of Quebec to regulate the powers of dissentient school boards over curriculum, provided such regulation did not prejudicially affect the denominational character of such schools. In other words, I reach the same result in this case as my colleague reaches through reading a qualification into the words "with respect to Denominational Schools" in s. 93(1). I believe, however, that the difference in approach may be significant in the case of powers, privileges and duties unrelated to the content of the curriculum. It would be my view that all powers, privileges and duties conferred or imposed on separate schools in Ontario at the time of Union other than those specifically made subject by law to the overriding control of the province (as was the curriculum) are extended by s. 93(2) to dissentient schools in Quebec and have the constitutional protection of s. 93(1). This is so because, in my view, the words "with respect to Denominational Schools" in s. 93(1) do not contain the internal limitation imported into those words by my colleague. The only reason, in my view, why the dissentient schools in Quebec do not have, by virtue of the extension in s. 93(2), constitutional protection under s. 93(1) for the substantial measure of control over curriculum which the separate schools enjoyed as a factual matter in

étendre. La deuxième consiste à dire que la province de l'Ontario ne détenait qu'un pouvoir de réglementation restreint qui ne s'étendait pas aux aspects du programme d'études nécessaires pour le maintien et la préservation du caractère confessionnel des écoles séparées. En d'autres termes, bien que la loi conférât un pouvoir de réglementation prépondérant, on ne pouvait s'en servir pour contrecarrer le dessein même dans lequel les écoles séparées avaient été établies, savoir la protection des droits de la minorité catholique en matière d'éducation. De même, la province de Québec ne saurait réglementer le programme d'études des écoles confessionnelles du Québec d'une manière qui nuit à leur caractère confessionnel distinctif.

Pour ma part, je préfère la seconde méthode, ce qui m'amène à conclure que, même si le par. 93(2) avait pour objet d'augmenter la protection constitutionnelle des écoles dissidentes du Québec afin de les mettre sur un pied d'égalité avec les écoles séparées de l'Ontario (et je crois que c'est le cas), le législateur québécois aurait encore compétence pour réglementer les pouvoirs des commissions d'écoles dissidentes sur le programme d'études, pourvu que cette réglementation ne préjudiciât pas au caractère confessionnel de ces écoles. En d'autres termes, ma conclusion en l'espèce est identique à celle à laquelle arrive mon collègue en apportant une restriction à l'expression «relativement aux écoles confessionnelles» du par. 93(1). Je crois cependant que la différence dans la façon d'aborder la question pourrait se révéler importante dans le cas de pouvoirs, de privilèges et de devoirs non reliés au contenu du programme d'études. À mon avis, tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés ou imposés aux écoles séparées de l'Ontario au moment de l'Union, à l'exception de ceux qui étaient expressément soumis de par la loi au pouvoir prépondérant de la province (ainsi que l'était le programme d'études), sont étendus par le jeu du par. 93(2) aux écoles dissidentes du Québec et bénéficient de la protection du par. 93(1) de la Constitution. Selon moi, il en est ainsi parce que l'expression «relativement aux écoles confessionnelles» employée au par. 93(1) ne comporte pas en elle-même la restriction qu'y introduit mon collègue. À mon avis, si les écoles dissidentes du Québec ne jouissent pas, par suite de l'extension

Ontario at the time of Union is that the province of Ontario had by law the overriding authority to restrict that control if it so desired, provided that in so doing it did not undermine the denominational character of the separate schools. No greater power can be extended to the dissentient schools in Quebec under s. 93(2).

I do not believe that the appellants succeeded in establishing that the impugned legislation and regulations prejudicially affect the denominational character of the denominational schools in Quebec. I would accordingly dismiss the appeal with costs and answer the constitutional question in the negative.

The judgment of Beetz, McIntyre, Lamer and La Forest JJ. was delivered by

BEETZ J.—

I—Proceedings

The problem of defining the ambit of the guarantee provided for denominational schools in s. 93 of the *Constitution Act, 1867* again comes before the Court in the present appeal.

This is an appeal, by leave of this Court, from a judgment of the Quebec Court of Appeal of May 4, 1987, [1987] R.J.Q. 1028, dismissing an appeal from a judgment of Brossard J. of the Superior Court of October 31, 1985, [1986] R.J.Q. 48, which in turn dismissed the appellants' motion for declaratory judgment brought under art. 453 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25. Before the Superior Court, the appellants sought a declaration that s. 16(7) of the *Education Act*, R.S.Q., c. I-14, and two orders-in-council issued thereunder which purport to establish a uniform curriculum for all schools in Quebec were *ultra vires* as being inconsistent with s. 93 of the *Constitution Act, 1867* and s. 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

qu'opère le par. 93(2), d'une protection constitutionnelle en vertu du par. 93(1) pour le large pouvoir sur le programme d'études qu'avaient en fait les écoles séparées en Ontario au moment de l'Union, cela tient à ce que la province de l'Ontario détenait de par la loi le pouvoir prépondérant de restreindre, si elle le désirait, ce pouvoir sur le programme d'études, à condition toujours qu'en le faisant elle ne nuise pas au caractère confessionnel des écoles séparées. Le paragraphe 93(2) ne peut donc pas jouer de manière à accorder aux écoles dissidentes du Québec un pouvoir plus grand que celui-là.

Je ne crois pas que les appelantes soient parvenues à établir que la Loi et les règlements attaqués préjudicient au caractère confessionnel des écoles confessionnelles du Québec. En conséquence, je rejetterais le pourvoi avec dépens et je répondrais par la négative à la question constitutionnelle.

Version française du jugement des juges Beetz, McIntyre, Lamer et La Forest rendu par

LE JUGE BEETZ —

I—La procédure

Dans ce pourvoi, la Cour se trouve de nouveau saisie de la question de l'étendue de la garantie relative aux écoles confessionnelles énoncée à l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le pourvoi, formé avec l'autorisation de la Cour, attaque l'arrêt en date du 4 mai 1987 par lequel la Cour d'appel du Québec, [1987] R.J.Q. 1028, rejette l'appel du jugement rendu par le juge Brossard de la Cour supérieure, le 31 octobre 1985, [1986] R.J.Q. 48, qui rejette également la requête en jugement déclaratoire présentée par les appelantes en vertu de l'art. 453 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., chap. C-25. En Cour supérieure, les appelantes cherchaient à faire déclarer *ultra vires*, pour cause d'incompatibilité avec l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et avec l'art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le par. 16(7) de la *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., chap. I-14, et deux décrets pris sous son régime qui visent à établir un programme d'études uniforme pour toutes les écoles du Québec.

The submissions of the parties before this Court were limited to the validity of the impugned legislation and regulations under s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. In so far as it remains relevant to the proceedings before this Court, the appellants' Amended Motion for Declaratory Judgment of February 4, 1985 seeks the following conclusions:

(i) Protestants, as one of the classes of persons referred to in Section 93 of the *Constitution Act, 1867*, have the right to the maintenance of a system of Protestant schools under the management and control of boards of school commissioners or trustees representing the said class of persons with the right to provide both elementary and secondary education and the right to regulate the course of study to be followed in such schools.

(ii) Such rights extend to the territories of the Applicant school boards and all other Protestant school boards.

AND THAT IN CONSEQUENCE:

Section 16(7) of the *Education Act* (R.S.Q. 1977, c. I-14), as amended by Section 3 of S.Q. 197[9], c. 80 ... prejudicially affect[s] a right with respect to denominational schools which existed in Quebec at the time of the Union and [is], in consequence, *ultra vires* the National Assembly;

The Orders in Council 551-81 and 552-81 both dated 25 February 1981 purporting to establish a uniform régime pédagogique for pre-elementary, elementary and secondary schools under the control of commissioners and trustees are similarly *ultra vires* and of no force and effect;

Before both the Superior Court and the Court of Appeal the respondent opposed the motion for declaratory judgment on the ground that the appellant should have proceeded by way of action rather than motion. This issue did not form part of the appeal before this Court and I expressly refrain from commenting on the appropriateness of the appellants' decision to proceed by way of motion under art. 453 C.C.P.

II—Section 93 and the Stated Constitutional Question

Section 93 of the *Constitution Act, 1867* gives the provincial legislatures exclusive jurisdiction in relation to education. It also guarantees certain rights to classes of persons with respect to denomi-

En cette Cour, les arguments invoqués par les parties portent uniquement sur la question de la conformité de la Loi et des règlements en cause à l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans la mesure où elle est encore pertinente en cette Cour, la requête modifiée en jugement déclaratoire des appelantes, datée du 4 février 1985, formule les conclusions suivantes:

[TRADUCTION] (i) Les protestants, étant une classe de personnes visée à l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ont droit au maintien d'un système d'écoles protestantes administrées et dirigées par des commissions composées de commissaires ou de syndics d'écoles qui représentent ladite classe de personnes et qui jouissent du droit de dispenser un enseignement primaire et secondaire et du droit de régler le programme d'études à suivre dans ces écoles.

(ii) Les droits en question s'étendent aux circonscriptions relevant des commissions scolaires requérantes et de toutes les autres commissions scolaires protestantes.

ET QUE PAR CONSÉQUENT:

Le paragraphe 16(7) de la *Loi sur l'instruction publique* (L.R.Q. 1977, chap. I-14), telle que modifiée par L.Q. 197[9], chap. 80, art. 3 [...] préjudicie à un droit relatif aux écoles confessionnelles qui existait au Québec lors de l'Union et [est] en conséquence *ultra vires* de l'Assemblée nationale;

Les décrets 551-81 et 552-81, l'un et l'autre datés du 25 février 1981, qui visent à établir un régime pédagogique uniforme pour l'éducation préscolaire et les écoles primaires et secondaires relevant de commissaires et de syndics sont également *ultra vires* et de nul effet.

Aussi bien en Cour supérieure qu'en Cour d'appel, l'intimé s'est opposé à la requête en jugement déclaratoire pour le motif que les appelantes auraient dû procéder par voie d'action plutôt que de requête. Cette question n'a pas été soulevée en cette Cour et je m'abstiens de me prononcer sur la justesse de la décision des appelantes de procéder par voie de requête en vertu de l'art. 453 C.p.c.

II—L'article 93 et la question constitutionnelle

L'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère aux législatures provinciales une compétence exclusive en matière d'éducation. De plus, il garantit à certaines classes de personnes des droits

national schools and to both Protestant and Catholic dissentient schools. Section 93 provides as follows:

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

- (1) Nothing in any such Law shall prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union: *b*
- (2) All the Powers, Privileges and Duties at the Union by Law conferred and imposed in Upper Canada on the Separate Schools and School Trustees of the Queen's Roman Catholic Subjects shall be and the same are hereby extended to the Dissident Schools of the Queen's Protestant and Roman Catholic Subjects in Quebec: *c*
- (3) Where in any Province a System of Separate or Dissident Schools exists by Law at the Union or is thereafter established by the Legislature of the Province, an Appeal shall lie to the Governor General in Council from any Act or Decision of any Provincial Authority affecting any Right or Privilege of the Protestant or Roman Catholic Minority of the Queen's Subjects in relation to Education: *d*
- (4) In case any such Provincial Law as from Time to Time seems to the Governor General in Council requisite for the due Execution of the Provisions of this Section is not made, or in case any Decision of the Governor General in Council on any Appeal under this Section is not duly executed by the proper Provincial Authority in that Behalf, then and in every such Case, and as far only as the Circumstances of each Case require, the Parliament of Canada may make remedial Laws for the due Execution of the Provisions of this Section and of any Decision of the Governor General in Council under this Section. *e* *f* *g* *h*

On December 17, 1987, the Chief Justice stated the following constitutional question in connection with this appeal:

Are section 16(7) of the *Education Act*, R.S.Q. 1977, c. I-14, and the Orders-in-Council issued thereunder bearing number 551-81, which establishes the curriculum to be followed in elementary schools, and bearing number 552-81, which establishes the curriculum to be followed

relatifs aux écoles confessionnelles et relatifs aux écoles dissidentes, tant protestantes que catholiques. L'article 93 prescrit:

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

- (1) Rien dans cette législation ne devra préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles;
- (2) tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés ou imposés par la loi dans le Haut-Canada, lors de l'Union, aux écoles séparées et aux syndics d'écoles des sujets catholiques romains de la Reine, seront et sont par les présentes étendus aux écoles dissidentes des sujets protestants et catholiques romains de la Reine dans la province de Québec;
- (3) dans toute province où un système d'écoles séparées ou dissidentes existe en vertu de la loi, lors de l'Union, ou sera subséquemment établi par la législature de la province, il pourra être interjeté appel au gouverneur général en conseil de tout acte ou décision d'une autorité provinciale affectant l'un quelconque des droits ou privilèges de la minorité protestante ou catholique romaine des sujets de la Reine relativement à l'éducation;
- (4) au cas où n'aura pas été édictée la loi provinciale que, de temps à autre, le gouverneur général en conseil aura jugée nécessaire pour donner la suite voulue aux dispositions du présent article—ou lorsqu'une décision du gouverneur général en conseil, sur un appel interjeté en vertu du présent article, n'aura pas été dûment mise à exécution par l'autorité provinciale compétente en l'espèce —, le Parlement du Canada, en pareille occurrence et dans la seule mesure où les circonstances de chaque cas l'exigeront, pourra édicter des lois réparatrices pour donner la suite voulue aux dispositions du présent article, ainsi qu'à toute décision rendue par le gouverneur général en conseil sous l'autorité de ce même article.

Le 17 décembre 1987, le Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante aux fins du pourvoi:

L'article 16(7) de la *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q. 1977, chap. I-14, et les décrets pris en vertu dudit article sous le numéro 551-81, qui établit le programme d'études à suivre dans les écoles primaires, et sous le numéro 552-81, qui établit le programme d'étu-

in secondary schools, *ultra vires* the National Assembly of Quebec or inapplicable to the Appellant school boards and the other members of the Appellant Association by virtue of section 93 of the *Constitution Act, 1867*?

III—The Impugned Legislation and Regulations

Section 16 of the *Education Act*, R.S.Q., c. I-14, was amended by *An Act to again amend [sic] the Education Act*, S.Q. 1979, c. 80, s. 3, to read in part as follows:

16. The Government may make regulations:

(7) for the establishment of the pedagogical system in the schools placed under the control of the school commissioners or trustees.

In this appeal, the appellants allege that two regulations made in 1981 pursuant to s. 16 are *ultra vires* the province: the *Regulation respecting the basis of elementary school and preschool organization*, O.C. 551-81, February 25, 1981, (1981) 115 O.G. II 1213 (the "Elementary School Regulations"), and the *Regulation respecting the basis for secondary school organization*, O.C. 552-81, February 25, 1981, (1981) 115 O.G. II 1223 (the "Secondary School Regulations").

In explanatory notes reproduced with both sets of regulations, the provincial government described what it termed the "triple objective" of the new preschool, elementary and secondary school organization:

... these regulations seek the consolidation and improvement of public education services. More specifically, they have been promulgated to facilitate the access of all Quebec children to quality educational services, to advance equality of educational opportunity, and to promote increased personalization of educational services.

The preambles of the Elementary School and Secondary School Regulations attest to the fact that the Minister submitted the draft regulations to the Conseil supérieur de l'éducation, an administrative body established by statute which was formed to oversee the religious and moral aspects of public education in Quebec. The Conseil gave its opinion on September 30, 1980, in accordance with ss. 9(a) and 30 of *An Act respecting the*

des à suivre dans les écoles secondaires, sont-ils *ultra vires* de l'Assemblée nationale ou inapplicables aux commissions scolaires appelantes et aux autres membres de l'association appelante en vertu de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

III—La Loi et les règlements contestés

L'article 16 de la *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., chap. I-14, modifié par la *Loi modifiant de nouveau la Loi sur l'instruction publique*, L.Q. 1979, chap. 80, art. 3, dispose notamment:

16. Le gouvernement peut faire des règlements:

7° Pour établir le régime pédagogique dans les écoles placées sous le contrôle des commissaires ou syndics d'écoles.

Les appelantes allèguent en l'espèce que deux règlements pris en 1981 en vertu de l'art. 16 excèdent la compétence de la province. Il s'agit du *Règlement concernant le régime pédagogique du primaire et l'éducation préscolaire*, décret 551-81, 25 février 1981, (1981) 115 G.O. II 1733 (le «Règlement sur les écoles primaires»), et le *Règlement concernant le régime pédagogique du secondaire*, décret 552-81, 25 février 1981, (1981) 115 G.O. II 1743 (le «Règlement sur les écoles secondaires»).

Dans des notes explicatives qui accompagnent les deux règlements, le gouvernement provincial décrit ce qu'il appelle le «triple objectif» du nouveau régime pédagogique préscolaire, primaire et secondaire:

... ces règlements visent la consolidation et l'amélioration des services publics d'éducation. Plus spécifiquement, ils sont promulgués pour faciliter l'accès de tous les enfants du Québec à des services éducatifs de qualité, faire progresser l'égalité des chances en éducation et favoriser une personnalisation accrue des services éducatifs.

Les préambules du Règlement sur les écoles primaires et du Règlement sur les écoles secondaires attestent que le ministre a soumis les projets de règlements au Conseil supérieur de l'éducation, un organisme administratif créé par la loi ayant pour mandat de contrôler les aspects religieux et moraux de l'instruction publique au Québec. Le 30 septembre 1980, le Conseil a donné son opinion en conformité avec l'al. 9a) et l'art. 30 de la *Loi sur*

Conseil supérieur de l'éducation, R.S.Q., c. C-60. The Conseil is made up of twenty-four members, including sixteen or more Catholics, four or more Protestants, and one or more non-Catholics or non-Protestants, appointed by the provincial government after consultation with religious authorities and parents, teachers, school boards and socio-economic groups (s. 2). This Act further provides for the establishment of Catholic and Protestant committees of the Conseil which, as I shall explain below, play a role in determining the moral and religious content of school curriculum put into place by the regulations attacked in this case. Section 17 directs, for example, that the Protestant committee shall include "representatives of the Protestant denominations, parents and teachers" appointed by the provincial government on the recommendation of the Conseil which shall first consult the associations or organizations most representative of the Protestant denominations, parents and teachers. Section 22 gives wide powers to these committees, including the authority to recognize confessional educational institutions as either Catholic or Protestant, as the case may be; to make regulations respecting Christian education, religious and moral instruction and religious service in such recognized institutions; and to approve, from the point of view of religion and morals, the curricula, textbooks and teaching material in such recognized institutions.

Both the Elementary School Regulations and the Secondary School Regulations under attack here are complex and I do not propose to review them exhaustively in these reasons. It is nevertheless necessary, in order to determine whether the Regulations are the product of a proper exercise of the province's jurisdiction in relation to education, to examine certain of their provisions, with particular attention to those singled out by the appellants in argument.

The Secondary School Regulations are comprised of five divisions. In Division II, entitled "Education Services", s. 2 allows the school board to take the necessary steps to insure the quality of

le Conseil supérieur de l'éducation, L.R.Q., chap. C-60. Le Conseil se compose de vingt-quatre membres, dont au moins seize catholiques, au moins quatre protestants et au moins un membre qui n'est ni catholique ni protestant. Ils sont nommés par le gouvernement provincial après consultation des autorités religieuses, des parents, des enseignants, des commissions scolaires et des groupes socio-économiques (art. 2). Cette loi prévoit en outre la création des comités catholique et protestant du Conseil, qui, comme je l'explique plus loin, jouent un rôle dans la détermination du contenu moral et religieux du programme d'études établi par les règlements attaqués en l'espèce. Aux termes de l'art. 17, par exemple, le comité protestant se compose de «représentants des confessions protestantes, des parents et des éducateurs», nommés par le gouvernement provincial sur la recommandation du Conseil, qui consulte au préalable les associations ou organisations les plus représentatives des confessions protestantes, des parents et des éducateurs. L'article 22 investit ces comités de pouvoirs étendus comprenant notamment celui de reconnaître comme catholiques ou protestantes, selon le cas, les institutions d'enseignement confessionnelles; celui de faire des règlements concernant l'éducation chrétienne, l'enseignement religieux et moral et le service religieux dans les institutions susmentionnées; et celui d'approuver, au point de vue religieux et moral, les programmes, les manuels et le matériel didactique pour l'enseignement dans ces institutions.

Le Règlement sur les écoles primaires et le Règlement sur les écoles secondaires, que l'on conteste en l'espèce, sont tous les deux complexes et je n'ai pas l'intention d'en faire une étude exhaustive dans les présents motifs. Toutefois, afin de déterminer si ces règlements procèdent de l'exercice régulier de la compétence attribuée à la province en matière d'éducation, il faut examiner certaines de leurs dispositions et, tout particulièrement, celles sur lesquelles les appelantes ont insisté au cours des plaidoiries.

Le Règlement sur les écoles secondaires comporte cinq sections. Dans la section II, intitulée «Les services éducatifs», l'art. 2 autorise la commission scolaire à prendre les mesures qui s'impo-

the language of instruction. Section 3 gives the Minister of Education broad powers to set the curricula in secondary schools. The school boards' authority is limited to adapting the province-wide curricula to local needs and to designing additional curricula, subject to the approval of the Minister or (presumably in the case of additional religious or moral curricula) the approval of the Catholic or Protestant committee of the Conseil supérieur de l'éducation. Section 3 directs as follows:

3. Curricula

Curricula are prescribed or approved by the Minister.

Curricula include compulsory objectives and conceptual content, as well as any other objectives and conceptual content the school board adapts to the needs of its school population according to the priorities of the area.

In addition to the prescribed curricula, the school board may design curricula to meet its own particular needs provided they are approved by the Minister or, where applicable, the Catholic or Protestant committee of the Conseil supérieur de l'éducation. Unless otherwise indicated, such approval is valid only for the school board involved.

Section 4 directs that textbooks must be available to the pupil:

4. Textbooks

Where the list of approved teaching material indicates one or more textbooks for a particular programme, the pupil must have the required textbook(s) at his personal disposal to cover the programme.

It is important, as we shall see below, that the Minister and not the school board approves teaching materials and indicates which textbooks are required. Section 1 includes the following definitions:

"textbook": any printed material for pupils, possibly including audio-visual materials or other teaching aids, covering all or certain important elements of a curriculum for one or more years of study;

"teaching material": any object, material, volume or work (written, audio-visual or other) useful to the application of all or certain elements of a curriculum;

sent pour assurer la qualité de la langue d'enseignement. L'article 3 confère au ministre de l'Éducation le pouvoir général de fixer les programmes d'études pour les écoles secondaires. Le pouvoir des commissions scolaires se limite à adapter aux besoins locaux les programmes d'études établis pour l'ensemble de la province et à élaborer d'autres programmes, sous réserve de leur approbation par le ministre ou (vraisemblablement lorsqu'il s'agit d'ajouter aux programmes d'études religieuses ou morales) par le comité catholique ou protestant du Conseil supérieur de l'éducation. Je cite l'art. 3:

3. Programmes d'études

Les programmes d'études sont édictés ou approuvés par le ministre.

Les programmes d'études comprennent des objectifs et des contenus notionnels obligatoires. Ils comprennent aussi des objectifs et des contenus notionnels indicatifs que la commission scolaire doit adapter aux besoins de sa clientèle, selon les priorités du milieu.

En sus des programmes d'études édictés par le ministre, la commission scolaire peut en élaborer qui répondent à ses besoins propres, sous réserve qu'ils soient approuvés par le ministre et, s'il y a lieu, par les comités catholique ou protestant du Conseil supérieur de l'éducation. Sauf avis contraire, une telle approbation ne vaut que pour la commission scolaire en question.

L'article 4 prescrit que des manuels doivent être mis à la disposition de l'élève:

4. Manuels

Lorsque la liste du matériel didactique autorisé indique, pour un programme donné, un ou plusieurs manuels, l'élève doit disposer personnellement d'un ou des manuels requis pour couvrir le programme.

Comme nous allons le voir plus loin, il est important de noter que c'est le ministre et non la commission scolaire qui approuve le matériel didactique et qui détermine quels manuels sont requis. L'article 1 contient les définitions suivantes:

«manuel»: tout ouvrage imprimé, destiné à l'élève, auquel peuvent se rattacher certains documents audio-visuels et d'autres moyens pédagogiques, et traitant de l'ensemble ou des éléments importants d'un programme d'études pour une ou plusieurs années d'études;

«matériel didactique»: tout objet, document, ouvrage ou œuvre, (écrit, audio-visuel ou autre) utile à l'application de l'ensemble ou d'éléments d'un programme d'études;

Under section 5, the role of the school board is limited to providing the appropriate teaching materials which have previously been approved by the Minister. Section 10 gives the school board an advisory role in the evaluation of the curricula:

10. Evaluation of curricula

The school board takes part in evaluating the curricula to enable the Minister to make informed decisions concerning their continuation or modification.

Division III of the Secondary School Regulations outlines the "Organizational Framework for Education Services". It sets, for example, the age admission requirements, the school calendar and the number of teaching hours per day. Sections 27, 29, 31, 33, and 35 provide the breakdown of compulsory courses in different subjects during the five years of secondary schooling. Section 1 includes definitions of the terms "course" and "subject" which, not surprisingly, link these concepts to "curriculum":

"course": an organized set of learning activities defined by a curriculum and covered in a number of hours divided over the school year or part of the year and officially approved for the purposes of promotion or certification;

"subject": a branch of learning outlined in a curriculum and constituting an area for theoretical or practical study;

Here again, the Secondary School Regulations provide for substantial control by the Minister over curricula for public schools across the province. The number of credits devoted to each discipline varies from year to year. Each year, however, at least two credits must be devoted to "Moral and Religious Instruction". Section 26 directs that normally, one credit corresponds to 25 hours of activities but that the school board in question may allocate the time otherwise, provided that it ensures that the compulsory aspects of the curricula have been satisfied. Sections 28, 30, 32, 34 and 36 set the rules for the optional curricula approved by the Minister. Section 39 specifies the following rule for moral and religious instruction in schools recognized as Catholic or Protestant:

Suivant l'article 5, le rôle de la commission scolaire se limite à fournir le matériel didactique qui a été approuvé par le ministre. L'article 10 donne à la commission un rôle consultatif dans l'évaluation des programmes d'études:

10. Évaluation des programmes d'études

La commission scolaire participe à l'évaluation des programmes d'études, afin de permettre au ministre de décider dans les meilleures conditions de leur maintien ou de leur révision.

La section III du Règlement sur les écoles secondaires traite du «Cadre d'organisation des services éducatifs». Elle fixe notamment l'âge d'admission, le calendrier scolaire et le nombre d'heures d'enseignement par jour. Les articles 27, 29, 31, 33 et 35 fixent la répartition des cours obligatoires offerts dans différentes matières au cours des cinq années d'enseignement secondaire. L'article 1 donne les définitions des termes «cours» et «matière» qui, on ne doit pas s'en étonner, rattachent ces notions à celle de «programme d'études»:

«cours»: un ensemble organisé d'activités d'apprentissage défini par un programme d'études et comptant un nombre d'heures réparties sur l'année scolaire ou partie de l'année, et sanctionnée pour les fins de la promotion ou de la certification.

«matière»: une branche du savoir, circonscrite par un programme d'études faisant l'objet d'apprentissages théoriques ou pratiques.

Dans ce contexte également, le Règlement sur les écoles secondaires donne au ministre un pouvoir de contrôle important sur les programmes d'études des écoles publiques de la province. Le nombre de crédits consacrés à chaque discipline varie d'une année à l'autre. Il faut cependant qu'au moins deux crédits soient attribués chaque année à l'enseignement moral et religieux. Aux termes de l'art. 26, un crédit correspond normalement à vingt-cinq heures d'activités, mais la commission scolaire en question peut répartir différemment ce temps, à condition de s'assurer que sont respectés tous les aspects obligatoires des programmes d'études. Les articles 28, 30, 32, 34 et 36 prescrivent les règles applicables aux cours à option approuvés par le ministre. L'article 39 énonce la règle suivante en ce qui concerne l'enseignement moral et religieux dans les écoles reconnues comme catholiques ou protestantes:

39. Moral and religious instruction in schools recognized as Catholic or Protestant

In schools recognized as Catholic or Protestant, the regulations of the Catholic or Protestant committee of the Conseil supérieur de l'éducation respecting such educational institutions apply to any moral and religious instruction given in them.

However, any child may be exempted from such instruction if his parents so request, or if the child so requests, with his parents' consent. In that event, the pupil must take courses or do personal research pertaining to moral training or religious knowledge.

Thus in schools recognized by the Catholic or Protestant Committee of the Conseil as confessional educational institutions, the appropriate committee, and not the Minister, sets the content of the religious and moral curricula. This aspect of curriculum is not part of the province-wide regime and is not controlled by the Minister except in so far as it is the Minister that names the members of these committees.

For elementary school and preschool organization, the Elementary School Regulations provide for a regime similar to that prescribed for secondary schools. Division II, Subdivision I of these Regulations relates to preschool education. Section 5 again gives the Minister a broad power to determine the content of preschool curricula, while the school board's input is limited to adapting the prescribed programme to local needs and adding denominational or non-denominational curricula after obtaining the applicable approval:

5. Educational and motivational activities programme

The educational and motivational activities programme is prescribed or approved by the Minister.

The educational and motivational activities programme includes the compulsory developmental objectives and any other objectives adapted by the school board to the needs of its school population according to the priorities of the area.

In addition to the prescribed educational and motivational activities programme prescribed by the Minister, the school board may design programmes to meet its own particular needs, provided these programmes are

39. Enseignement moral et enseignement religieux dans les écoles reconnues comme catholiques ou protestantes

Dans les écoles reconnues comme catholiques ou protestantes, les règlements des comités catholique ou protestant du Conseil supérieur de l'éducation concernant ces institutions d'enseignement s'appliquent à l'enseignement moral et à l'enseignement religieux catholique ou protestant qui y sont dispensés.

Tout élève doit cependant en être exempté si ses parents en font la demande ou si l'élève en fait la demande et que ses parents y consentent. Dans ce cas, l'élève doit suivre un programme d'enseignement ou de recherches personnelles dans l'ordre de la formation morale ou de la connaissance du phénomène religieux.

Ainsi, dans les écoles reconnues par les comités catholique ou protestant du Conseil comme des institutions d'enseignement confessionnelles, c'est le comité compétent, et non pas le ministre, qui fixe le contenu des programmes d'études religieuses et morales. Sous cet aspect, le programme d'études ne fait pas partie du régime prévu pour l'ensemble de la province et n'est pas soumis au contrôle du ministre, sauf dans la mesure où c'est lui qui nomme les membres des comités.

Pour ce qui est des niveaux primaire et préscolaire, le Règlement sur les écoles primaires prévoit un régime semblable à celui des écoles secondaires. La sous-section 1 de sa section II traite de l'éducation préscolaire. L'article 5 confère aussi au ministre un pouvoir étendu de déterminer le contenu des programmes d'études préscolaires, tandis que la part de la commission scolaire se limite à adapter le programme prescrit aux besoins locaux et à ajouter des programmes confessionnels ou non confessionnels après avoir obtenu l'approbation nécessaire:

5. Programme d'activités de formation et d'éveil

Le programme d'activités de formation et d'éveil est édicté ou approuvé par le ministre.

Le programme d'activités de formation et d'éveil comprend des objectifs de développement obligatoires. Il comprend aussi des objectifs indicatifs que la commission scolaire doit adapter aux besoins de sa clientèle, selon les priorités du milieu.

En sus du programme d'activités de formation et d'éveil édicté par le ministre, la commission scolaire peut en élaborer qui répondent à ses besoins propres, sous réserve qu'ils soient approuvés par le ministre et,

approved by the Minister and, where applicable, by the Catholic or Protestant committee of the Conseil supérieur de l'éducation. Unless otherwise indicated, such approval is valid only for the school board involved.

As under the secondary school regime, the school board's input at the preschool level is limited to providing teaching materials which have been approved by the Minister (s. 6); pupil evaluation (s. 7); participating in the evaluation of the "educational and motivational activities programme" to enable the Minister to make informed decisions as to its content (s. 9); and to provide for the special needs of pupils within the limits of the objectives set by the Minister (ss. 10 and 11).

Much the same can be said for Division II, Subdivision 2 which deals with education at the elementary level. Section 18 directs that curricula are prescribed or approved by the Minister, in terms which are identical to those cited above in s. 3 of the Secondary School Regulations. The remainder of the subdivision (ss. 19 to 34) is identical to the corresponding rules in the "Education Services" division of the Secondary School Regulations discussed above.

Division III of the Elementary School Regulations is entitled "Organizational Framework for Education Services". Rules are established for both the preschool and the elementary school levels for admission and enrolment, the pupils' school calendar and the time to be devoted to academic activities during the week. The elementary school level is divided into two cycles of three years each, with the Minister prescribing in s. 43 the number of hours per week to be devoted to each of the compulsory subjects in the curriculum. Moral and religious instruction is compulsory, although s. 45 provides that only moral instruction and not religious instruction is compulsory in schools other than those recognized as Catholic or Protestant. Section 44 repeats the rule cited above regarding moral and religious instruction in schools recognized as Catholic or Protestant, giving the Catholic or Protestant committee of the Conseil supérieur de l'éducation, and not the Minister, the authority to give content to this aspect of the curricula.

s'il y a lieu, par les comités catholique ou protestant du Conseil supérieur de l'éducation. Sauf avis contraire, une telle approbation ne vaut que pour la commission scolaire en question.

^a Comme pour le régime pédagogique du secondaire, le rôle de la commission scolaire au niveau préscolaire se limite à fournir un matériel didactique approuvé par le ministre (art. 6); à évaluer les élèves (art. 7); à participer à l'évaluation du «programme d'activités de formation et d'éveil» afin de permettre au ministre de décider dans les meilleures conditions de son contenu (art. 9); et à pourvoir aux besoins particuliers d'élèves dans le cadre des objectifs fixés par le ministre (art. 10 et 11).

Pratiquement les mêmes observations s'appliquent à la sous-section 2 de la section II, qui traite de l'enseignement au niveau primaire. L'article 18 dispose que les programmes d'études sont édictés ou approuvés par le ministre et ses termes sont identiques à ceux de l'art. 3 du Règlement sur les écoles secondaires, déjà cité. Quant au reste de la sous-section (art. 19 à 34), il est identique aux règles correspondantes de la section «Les services éducatifs» du Règlement sur les écoles secondaires, dont il a été question précédemment.

La section III du Règlement sur les écoles primaires s'intitule «Cadre d'organisation des services éducatifs». Y sont établies des règles pour les niveaux préscolaire et primaire concernant l'admission et l'inscription, le calendrier scolaire des élèves et le temps à consacrer aux activités scolaires pendant la semaine. Le niveau primaire est divisé en deux cycles de trois ans. Selon l'article 43, le ministre prescrit le nombre d'heures à consacrer par semaine à chacune des matières obligatoires du programme d'études. L'enseignement moral et religieux est obligatoire, quoique l'art. 45 précise que seul l'enseignement moral, et non l'enseignement religieux, est obligatoire dans les écoles autres que celles reconnues comme catholiques ou protestantes. L'article 44 reprend la règle, déjà citée, relative à l'enseignement moral et religieux dans les écoles reconnues comme catholiques ou protestantes, et autorise le comité catholique ou protestant du Conseil supérieur de l'éducation, et non le ministre, à déterminer le contenu de cet aspect des programmes d'études.

While the purpose of the Regulations may conform to the "triple objective" announced by the government in the explanatory notes, the Regulations are also plainly intended to establish a uniform pedagogical system in schools under the control of school commissioners and trustees. Yet the legislator has not done this without nuance. In what can be nothing but an effort to respect what is conventionally understood as the distinction between denominational and non-denominational teaching, the government has made special allowance in its uniform curriculum for moral and religious instruction in schools recognized as Catholic or Protestant. The content of this component of a pupil's curriculum is not determined by the Minister under the impugned Regulations but rather by the Catholic or Protestant committee of the Conseil supérieur de l'éducation in regulations made by those bodies pursuant to s. 22 of *An Act respecting the Conseil supérieur de l'éducation*. Furthermore, the school board is not without input for the curricula other than religious and moral instruction. It is charged with adapting the province-wide regime to local needs and adding to the prescribed curricula when necessary, with approval. The school board participates in the evaluation of the curricula. The appellants are left with the difficult argument that, notwithstanding this allowance made for moral and religious instruction in recognized Protestant schools, and notwithstanding the school board's input to curricula which I have described above, the imposition of the uniform curriculum by the Minister prejudicially affects a right or privilege with respect to Protestant denominational schools protected by s. 93 of the *Constitution Act, 1867*.

IV—Submissions of the Appellants

In the written argument presented on their behalf before this Court, the appellants made the following submissions:

Le but visé par les règlements en cause est peut-être conforme au «triple objectif» énoncé par le gouvernement dans les notes explicatives, mais il est évident que ces règlements ont aussi pour objet d'établir un régime pédagogique uniforme dans les écoles relevant de commissaires et de syndics d'écoles. Toutefois, ce n'est pas un objet que le législateur poursuit sans apporter des nuances. S'efforçant manifestement de respecter ce qui est communément considéré comme la distinction entre l'enseignement confessionnel et l'enseignement non confessionnel, le gouvernement a spécialement prévu dans son programme d'études uniforme l'existence d'un enseignement moral et religieux dans les écoles reconnues comme catholiques ou protestantes. Le contenu de cet élément du programme d'études d'un élève est déterminé non par le ministre en vertu des règlements attaqués, mais par le comité catholique ou le comité protestant du Conseil supérieur de l'éducation dans des règlements faits par ces comités en vertu de l'art. 22 de la *Loi sur le Conseil supérieur de l'éducation*. Par ailleurs, la commission scolaire prend part à l'élaboration des programmes d'études dans d'autres domaines que l'enseignement religieux et moral. Il lui incombe d'adapter aux besoins locaux le régime établi pour l'ensemble de la province et de faire des ajouts, si besoin est et avec l'approbation nécessaire, aux programmes d'études prescrits. De plus, la commission scolaire participe à l'évaluation des programmes d'études. Les appelantes doivent donc soutenir une thèse difficile: indépendamment de l'autorisation de dispenser comme susdit un enseignement moral et religieux dans les écoles reconnues comme protestantes et de la participation de la commission scolaire à l'élaboration des programmes d'études, dont je viens de traiter, le ministre, en imposant un programme d'études uniforme, porte atteinte à un droit ou à un privilège relatif aux écoles confessionnelles protestantes qui est protégé par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

IV—Moyens soulevés par les appelantes

Dans les conclusions écrites soumises en leur nom à cette Cour, les appelantes soulèvent les moyens suivants:

Submission 1

The Appellant school boards and the other members of the Appellant Association represent a class of persons whose rights with respect to the schools forming part of [the existing Protestant school] system are protected by Section 93(1).

Submission 2

The rights protected by Section 93(1) extend both to the primary and secondary levels of the Protestant school system as those terms are understood today.

Submission 3

One of the rights so protected ... is the right, exercised through their school commissioners and trustees, to manage and control their own schools, including the right ... to regulate the course of study to be followed.

It is the third submission to which the parties devoted their significant energies at the hearing of this appeal. Indeed it was the position of the Attorney General of Quebec that the question central to the resolution of this appeal turns on the jurisdiction of the province to determine the programme of study in all public schools in the province, including those schools which operate under the protection of the denominational guarantee in s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*. I agree that the issue as to whether the province can establish uniform curriculum across the province is to be determined solely on the basis of legislative jurisdiction. Whether or not the constitutional limits placed on the provincial jurisdiction in s. 93(1) leave the Quebec government the power to make the Regulations is an issue logically distinct from the question of precisely who benefits from the constitutional protection. My conclusion in this case allows me to assume without deciding that these appellants are a "class of persons" to which s. 93(1) refers. Determining whether the province has the legislative authority under s. 93 to adopt s. 16(7) of the *Education Act* and to make the Elementary School and Secondary School Regulations will be sufficient to dispose of this appeal.

[TRADUCTION] Premier moyen

Les commissions scolaires appelantes et les autres membres de l'association appelante représentent une classe de personnes dont les droits relatifs aux écoles faisant partie du [système scolaire protestant actuel] sont protégés par le paragraphe 93(1).

Deuxième moyen

Les droits que protège le paragraphe 93(1) s'étendent aux niveaux tant primaire que secondaire, au sens moderne de ces termes, du système scolaire protestant.

c Troisième moyen

Parmi les droits ainsi protégés [...] figure le droit, exercé par l'intermédiaire des commissaires et syndics d'écoles, d'administrer et de diriger leurs propres écoles, ce qui comprend le droit [...] de régler le programme d'études à suivre.

Devant cette Cour, les parties ont surtout insisté sur le troisième moyen. En fait, le procureur général du Québec a soutenu que la question primordiale à trancher en l'espèce concerne le pouvoir du législateur provincial de fixer le programme d'études de toutes les écoles publiques de la province, y compris celles en faveur desquelles joue la garantie confessionnelle énoncée au par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je conviens que la question de savoir si le gouvernement provincial peut établir un programme d'études uniforme pour l'ensemble de la province doit être résolue uniquement sur la base de la compétence législative. Quant à savoir si les restrictions constitutionnelles que le par. 93(1) impose à la compétence provinciale laissent néanmoins au gouvernement du Québec le pouvoir de prendre les règlements en cause, c'est une question logiquement distincte de celle de déterminer qui au juste bénéficie de la protection constitutionnelle. Ma conclusion en l'espèce me permet de supposer, sans en décider, que les appelantes constituent une «classe particulière de personnes» visée au par. 93(1). Pour trancher le pourvoi, il suffira de déterminer si l'art. 93 donne à la province le pouvoir législatif d'adopter le par. 16(7) de la *Loi sur l'instruction publique* et de prendre les règlements sur les écoles primaires et les écoles secondaires.

V—The Scope of Provincial Jurisdiction under Section 93

The appellants contend that s. 16(7) of the *Education Act* and the Elementary School and Secondary School Regulations are *ultra vires* the province because they violate a right protected under s. 93(1) enabling the Protestant minority in Quebec to manage and control its own schools and to regulate, subject to provincial rules of general application, the course of study to be followed in those schools. The Attorney General of Quebec, on the other hand, argues that the Regulations are *intra vires* the province's general legislative jurisdiction in relation to education as provided for in the opening words of s. 93. Is the province's jurisdiction, as qualified by s. 93(1), sufficient to support the Regulations?

"In and for each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Education, subject and according to the following Provisions:", these opening words of s. 93 are, as Estey J. noted in *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148 (hereinafter the "*Separate Schools Reference*"), at p. 1201, "a clear grant of legislative power to the province". The "exclusivity" of this power is, of course, not at issue here, no more than is the fact that the power is in some way limited by the remaining terms of s. 93. I agree generally with the description of the basic provincial power given by Viscount Cave L.C. in *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200 (P.C.), at p. 215, cited with approval by Chouinard J. in *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575, at pp. 585-86:

While s. 93 of the Act of 1867 protects every right or privilege with respect to denominational schools which any class of persons may have had by law at the Union, it does not purport to stereotype the educational system in the Province as then existing. On the contrary, it expressly authorizes the Provincial Legislature to make

V—L'étendue de la compétence provinciale en vertu de l'article 93

Les appelantes prétendent que le par. 16(7) de la *Loi sur l'instruction publique* ainsi que les règlements sur les écoles primaires et les écoles secondaires excèdent la compétence de la province parce qu'ils violent un droit protégé par le par. 93(1), savoir le droit de la minorité protestante au Québec d'administrer et de diriger ses propres écoles et de régler, sous réserve de règles provinciales d'application générale, le programme d'études à suivre dans ces écoles. Le procureur général du Québec, par contre, soutient que les règlements en cause relèvent de la compétence législative générale en matière d'éducation conférée à la province par la disposition liminaire de l'art. 93. Compte tenu de la restriction apportée par le par. 93(1), la compétence de la province suffit-elle pour justifier les règlements en question?

«Dans chaque province et pour chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur l'éducation, sous réserve et en conformité des dispositions suivantes:», cette disposition liminaire de l'art. 93 confère «une compétence législative manifeste à la province», comme le fait remarquer le juge Estey dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148 (ci-après le "*Renvoi relatif aux écoles séparées*"), à la p. 1201. Le «caractère exclusif» de cette compétence n'est évidemment pas en cause ici, pas plus que ne l'est le fait que cette compétence est de quelque manière limitée par les autres dispositions de l'art. 93. Je souscris généralement à la façon dont le vicomte Cave, lord chancelier, décrit la compétence provinciale de base dans l'arrêt *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200 (C.P.), à la p. 215, description citée avec approbation par le juge Chouinard dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575, aux pp. 585 et 586:

[TRADUCTION] Bien que l'art. 93 de la Loi de 1867 protège chaque droit ou privilège relatif aux écoles confessionnelles que la loi conférerait à toute classe de personnes lors de l'Union, il ne prétend pas stéréotyper le système d'éducation de la province qui existait à ce moment-là. Au contraire, il autorise expressément la

laws in regard of education subject only to the provisions of the section; and it is difficult to see how the Legislature can effectively exercise the power entrusted to it unless it is to have a large measure of freedom to meet new circumstances and needs as they arise.

As Viscount Cave notes, this basic provincial power is subject to limitations. Section 93(1) provides that nothing in any provincial law adopted pursuant to the basic legislative power over education "shall prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union". The outcome of this appeal depends on the content which is to be given to this limitation.

Much was made in argument as to the method of interpretation which is appropriate to s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*. Indeed although all three judges in the Court of Appeal agreed that the imposition by the province of the pedagogical regimes set forth in the Regulations did not prejudicially affect any right or privilege with respect to denominational schools guaranteed by s. 93(1), they disagreed as to the appropriate rule of interpretation which gives content to these protected rights and privileges. Nichols J.A., speaking in this regard on behalf of himself and L'Heureux-Dubé J.A., as she then was, said that a restrictive interpretation should be given to the rights or privileges in s. 93(1). The exclusive provincial power set forth in the opening words of the section is deserving of a liberal interpretation, but the limitation on that power, as an exception to a general rule, in their view, is not. The rights or privileges are frozen in time, determined by reference to the laws in force "in the Province at the Union". Consequently, Nichols J.A. decided that the exception should be interpreted restrictively (at p. 1045):

[TRANSLATION] Section 93(1) does not in itself have any substantive constitutionalized content, as is the case for example with the fundamental rights recognized by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Constitutionalization by reference does not call for a wide and

législature de la province à légiférer en matière d'éducation sous réserve seulement des dispositions de l'article; et je peux difficilement voir comment la législature peut exercer d'une manière efficace le pouvoir qui lui a été conféré si elle n'a pas une grande marge de manœuvre pour s'adapter aux circonstances et aux besoins nouveaux lorsqu'ils se présentent.

Comme le souligne le vicomte Cave, cette compétence provinciale de base connaît certaines restrictions. Suivant le par. 93(1), rien dans une loi provinciale adoptée dans l'exercice de la compétence législative de base en matière d'éducation «ne devra préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles». Le sort du pouvoir dépend du sens donné à cette restriction.

Au cours des plaidoiries, la méthode d'interprétation à employer dans le cas du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* a fait l'objet d'une longue discussion. En fait, quoique les trois juges en Cour d'appel soient unanimes à dire que la province, en imposant les régimes pédagogiques prévus dans les règlements, ne préjudicie à aucun droit ou privilège relatif aux écoles confessionnelles garanti par le par. 93(1), leurs opinions divergent quant à la règle d'interprétation qu'il faut appliquer pour déterminer la teneur des droits et libertés protégés. Le juge Nichols, exprimant également l'avis du juge L'Heureux-Dubé (maintenant juge de cette Cour) sur ce point, dit qu'il faut donner une interprétation restrictive aux droits ou privilèges visés au par. 93(1). Selon ces derniers, le pouvoir provincial exclusif conféré par la disposition liminaire de l'article doit recevoir une interprétation libérale, mais la restriction apportée à ce pouvoir, à titre d'exception à la règle générale, ne doit pas recevoir une telle interprétation. Ces droits et privilèges sont figés et doivent être déterminés par référence aux lois en vigueur dans la province «lors de l'Union». Le juge Nichols décide en conséquence que l'exception doit s'interpréter restrictivement (à la p. 1045):

L'article 93 paragraphe 1 n'a en lui-même aucun contenu substantif constitutionnalisé comme s'il s'agissait par exemple des droits fondamentaux reconnus par la *Charte canadienne des droits et libertés*. La constitutionnalisation par renvoi n'invite pas à interpréter large-

liberal interpretation, in an evolutionary and creative manner, of the rights so crystallized. It only requires that they be interpreted in their legislative context, applying the rules of statutory interpretation.

McCarthy J.A. disagreed (at p. 1033):

In my view, if the "large and liberal" interpretation referred to in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, must be given to the exclusive powers of the province to make laws "in relation to Education", it must also be given to the rights and privileges which certain classes of persons held by law at confederation "with respect to Denominational Schools". The choice of a particular drafting technique ought not to affect the rights and privileges guaranteed under a constitution.

I am of the view that in this case, the resolution to the problem is not to be found in one rule of interpretation as opposed to another. I note that McCarthy J.A. decided that even with a large and liberal interpretation of s. 93(1) rights and privileges, the adoption by the province of the pedagogical regime in the impugned Regulations did not prejudicially affect the rights or privileges guaranteed by s. 93(1). It is true, of course, that the fact that the guarantee is constitutionally entrenched is relevant to its interpretation. As a constitutional text, s. 93(1) may deserve a "purposive" interpretation but, in so doing, courts must not improperly amplify the provision's purpose. While it may be rooted in notions of tolerance and diversity, the exception in s. 93 is not a blanket affirmation of freedom of religion or freedom of conscience. The entrenched right of specified classes of persons in a province to enjoy publicly-sponsored denominational schools based on a fixed statutory benchmark should not be construed as a *Charter* human right or freedom or, to use the expression of Professor Peter Hogg, a "small bill of rights for the protection of minority religious groups" (see Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at p. 824). As Professor Pierre Carignan explains in "La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation" (1986), 20 *R.J.T.* 375, at p. 451:

ment et libéralement, de façon évolutive et créative, les droits ainsi cristallisés. Elle invite seulement à les interpréter dans leur contexte d'énonciation, en appliquant les règles propres à l'interprétation législative.

^a Le juge McCarthy ne souscrit pas à cette opinion (à la p. 1033):

[TRADUCTION] À mon avis, s'il faut donner à la compétence législative exclusive de la province «sur l'éducation» l'interprétation «large et libérale» dont parle l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, il faut aussi donner la même interprétation aux droits et privilèges que la loi conférait à certaines classes de personnes «relativement aux écoles confessionnelles» au moment de la Confédération. La méthode de rédaction employée ne devrait pas avoir d'effet sur les droits et privilèges garantis par une constitution.

J'estime qu'en l'espèce, la solution du problème ne se trouve pas dans le recours à une règle d'interprétation plutôt qu'à une autre. Je remarque que, d'après le juge McCarthy, même selon une interprétation large et libérale des droits et privilèges que garantit le par. 93(1), l'adoption par la province du régime pédagogique établi dans les règlements attaqués ne préjudicie pas à ces droits ou privilèges. Il est évident que le fait qu'il s'agit d'une garantie constitutionnelle est un facteur pertinent pour son interprétation. En tant que texte constitutionnel, le par. 93(1) peut mériter d'être interprété «en fonction de son objet», mais les tribunaux doivent alors se garder de donner une portée indue à cet objet. Quoiqu'elle puisse avoir des racines dans les notions de tolérance et de diversité, l'exception énoncée à l'art. 93 ne constitue pas une affirmation générale de la liberté de religion ou de la liberté de conscience. Le droit constitutionnel reconnu à certaines classes de personnes, dans une province, d'avoir des écoles confessionnelles financées par l'État, selon une norme légale fixe, ne doit pas être interprété comme un droit ou une liberté de la personne garantis par la *Charte* ou, pour reprendre l'expression du professeur Peter Hogg, comme [TRADUCTION] «une petite déclaration des droits pour la protection des minorités religieuses» (voir Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), à la p. 824). Ainsi que l'explique le professeur Pierre Carignan dans "La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation" (1986), 20 *R.J.T.* 375, à la p. 451:

[TRANSLATION] In the case under consideration, the drafters in 1867 certainly did not see this as a fundamental right. If they had, it would have been given the same protection throughout Canada. The only effect of the provision is to prevent various legislatures from backing away from the legislation on denominational schooling in effect in 1867 in their respective territories. Accordingly, the extent of the constitutional protection varies from one province to another. By so doing, the drafters were demonstrating not so much a preference towards entrenchment as a desire to facilitate the creation of the proposed federation by disarming the opposition of those who, favouring denominational schools, might fear that a political reorganization would threaten already established legislative protection in this area.

This is not to say that we should ignore the plain purpose of s. 93(1) or ignore its constitutional context. Wilson J. explained in the *Separate Schools Reference*, *supra*, at p. 1194, that “[s]ection 93(1) should ... be interpreted in a way which implements its clear purpose which was to provide a firm protection for Roman Catholic education in the Province of Ontario and Protestant education in the Province of Quebec.” The exception to the provincial power does confer constitutional rights on specific groups in a specific manner, in keeping with what Wilson J. characterized as an “historically important compromise” struck at Confederation. It is true that the rights or privileges under ordinary law to which s. 93(1) refers have been frozen at Confederation. But just like the basic provincial power which, as Viscount Cave explained, was not “stereotyped” at the Union, the exception to that power has also matured over time through judicial interpretation. The approach courts have taken to the interpretation of the expression “with respect to Denominational Schools” in cases such as *Hull*, *supra*, which I will discuss below, demonstrates that the law in force “at the Union” cannot on its own set the content of the constitutional right in s. 93(1).

While the text of s. 93(1) should of course be interpreted as a constitutional document, it must not be read in such a manner as to supplant or frustrate the operation of what Professor Carignan

Dans le cas sous étude, le constituant, en 1867, n’y a certainement pas vu un droit fondamental. Si tel avait été le cas, il l’aurait protégé dans la même mesure partout au Canada. Or le seul effet de la disposition est d’empêcher les diverses législatures de faire marche arrière en matière de confessionnalité scolaire par rapport à la législation en vigueur en 1867 dans leurs territoires respectifs. De ce fait, la protection constitutionnelle varie en ampleur d’une province à l’autre. En se comportant de la sorte, le constituant manifeste moins une faveur pour le constitutionnalisme qu’un souci de faciliter le projet de fédération en désarmant l’opposition de ceux qui, favorables aux écoles confessionnelles, pouvaient craindre qu’une restructuration politique ne mette en danger une protection législative déjà acquise en la matière.

Ce qui ne signifie pas que l’on doit faire abstraction de l’objet manifeste du par. 93(1) ou de son contexte constitutionnel. Le juge Wilson précise dans le *Renvoi relatif aux écoles séparées*, précité, aux pp. 1194 et 1195, que «[l]e paragraphe 93(1) devrait [...] être interprété de manière à réaliser son objet manifeste qui est d’accorder une solide protection à l’enseignement catholique dans la province de l’Ontario et à l’enseignement protestant dans la province de Québec». L’exception au pouvoir provincial confère certains droits constitutionnels à des groupes déterminés et elle le fait d’une manière précise, ce qui est conforme à ce que le juge Wilson appelle l’«important compromis historique» intervenu lors de la Confédération. Certes, les droits ou privilèges résultant de textes législatifs ordinaires, dont parle le par. 93(1), sont figés depuis la Confédération. Mais tout comme la compétence provinciale de base, qui selon le vicomte Cave n’a pas été «stéréotypée» lors de l’Union, l’exception à cette compétence a également évolué au cours des années sous l’effet de l’interprétation judiciaire. La façon dont les tribunaux ont abordé l’interprétation de l’expression «relativement aux écoles confessionnelles» dans des causes comme l’affaire *Hull*, précitée, dont je traiterai plus loin, démontre que la loi en vigueur «lors de l’Union» ne suffit pas à elle seule pour déterminer la nature du droit constitutionnel que garantit le par. 93(1).

Le paragraphe 93(1) doit évidemment s’interpréter comme un document constitutionnel, mais non de manière à supplanter ou neutraliser ce que le professeur Carignan appelle le «mécanisme de

has called the “*mécanisme de constitutionnalisation*”. The very text of s. 93(1) instructs courts as to the manner in which content should be given to the rights and privileges provided for in the exception. As Wilson J. observed, in the *Separate Schools Reference*, *supra*, at pp. 1177-78, “It must be remembered . . . that s. 93(1) only protects rights and privileges guaranteed by law. Our task therefore is to examine the laws in force prior to Confederation to see what rights or privileges they gave.” The interpretive task is inherently different from that with which courts are faced when called upon to give content to constitutional rights entrenched in a document such as the *Charter*. I am wary of deciding cases such as this one on the basis of one or another method of interpretation rather than the specific direction provided by the legislator in s. 93(1). Both the restrictive and liberal methods of interpretation, when misused, wrongly become rhetorical devices rather than rules of law.

The text which sets out the exception is plain: the expressions “by Law” and “at the Union” limit the protection to rights and privileges established by statutes in force at the time of Confederation. Courts have recognized repeatedly, as the parties note in their written arguments, that the law of Quebec with respect to education at the time of Confederation is found principally in a consolidation statute entitled *An Act respecting Provincial Aid for Superior Education, — and Normal and Common Schools*, C.S.L.C. 1861, c. 15 (hereinafter the “1861 Statute”).

Under the 1861 Statute, authority over schools was divided between, on the one hand, a government-appointed Council of Public Instruction and, on the other hand, school commissioners and trustees representing the local community. The relevant powers of the Council of Public Instruction for present purposes were set forth in s. 21(3) and (4):

21. It shall be the duty of the said Council —

constitutionnalisation». Le texte même du par. 93(1) contient des directives, destinées au tribunaux, sur la façon de procéder pour déterminer la teneur des droits et privilèges visés dans l'exception. Comme le fait observer le juge Wilson, dans le *Renvoi relatif aux écoles séparées*, précité, à la p. 1178: « . . . il faut se rappeler que le par. 93(1) ne protège que les droits et privilèges garantis par la loi. Notre tâche donc consiste à examiner les lois en vigueur avant la Confédération, afin de découvrir quels droits ou privilèges elles conféraient. » La tâche d'interprétation est foncièrement différente de celle qui incombe aux tribunaux lorsqu'ils sont appelés à déterminer la teneur des droits constitutionnels reconnus dans un document tel que la *Charte*. J'hésiterais à trancher des affaires comme la présente en appliquant telle ou telle méthode d'interprétation au lieu de tenir compte des directives explicites que le législateur a fournies au par. 93(1). Tant la méthode restrictive que la méthode libérale d'interprétation, si elles sont utilisées à mauvais escient, deviennent des outils de rhétorique plutôt que des règles de droit, ce qui ne devrait pas être le cas.

Le texte qui énonce l'exception est clair: les expressions «par la loi» et «lors de l'Union» limitent la protection aux droits et privilèges conférés par des lois en vigueur au moment de la Confédération. Les tribunaux ont reconnu à maintes reprises, comme le signalent les parties dans leurs conclusions écrites, que le droit québécois en matière d'éducation à l'époque de la Confédération se trouve principalement dans une loi de refonte, l'*Acte concernant l'allocation provinciale en faveur de l'éducation supérieure,—et les écoles normales et communes*, S.R.B.C. 1861, chap. 15 (ci-après la «Loi de 1861»).

La Loi de 1861 partageait la compétence relative aux écoles entre, d'une part, un Conseil d'instruction publique dont les membres étaient nommés par le gouvernement et, d'autre part, des commissaires et syndics d'écoles représentant la collectivité locale. Les pouvoirs du Conseil d'instruction publique qui sont pertinents aux fins de la présente analyse sont énoncés aux par. 21(3) et (4):

21. Il sera du devoir du dit conseil —

3. To make from time to time, with the approval of the Governor in Council, such regulations as the Council deems expedient for the organization, government and discipline of Common Schools, and the classification of Schools and Teachers;

4. To select or cause to be published, with such approval as aforesaid, books, maps and globes, to be used to the exclusion of others, in the Academies, Model and Elementary Schools under the control of School Commissioners or Trustees, due regard being had in such selection to Schools wherein tuition is given in French and to those wherein tuition is given in English; But this power shall not extend to the selection of books having reference to religion or morals, which selection shall be made as provided by the second sub-section of the sixty-fifth section of this Act concerning Common Schools;

The relevant authority of the school commissioners and trustees is provided for in s. 65(2):

65. It shall be the duty of the School Commissioners and Trustees:

2. To regulate the course of study to be followed in each School, — to provide that no other books be used in the Schools under their jurisdiction than those approved and recommended by the Council of Public Instruction; — to establish general rules for the management of the Schools, and to communicate them in writing to the respective Teachers; — to fix the time of the annual public examination, and to attend the same;

But the Curé, Priest or officiating Minister, shall have the exclusive right of selecting the books having reference to religion and morals, for the use of the Schools for children of his own religious faith;

The appellants contend that the degree of control vested in the hands of the Minister of Education by s. 16(7) of the *Education Act* effectively eliminated the right of school commissioners and trustees to “regulate the course of study” which they had in 1867 by virtue of s. 65(2) of the 1861 Statute. According to the appellants, this right to “regulate the course of study” implies a right for the Protestant minority, through their school commissioners and trustees, to manage and control their own schools, including the right to determine the curriculum to be taught in those schools. This would be a “Right or Privilege” protected by s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*.

3. De faire, de temps à autre, avec l'approbation du gouverneur en conseil, tels règlements que le conseil jugera à propos pour l'organisation, la gouverne et la discipline des écoles communes, et la classification des écoles et des instituteurs;

4. De choisir ou faire publier, avec telle approbation comme susdit, les livres, cartes et globes, dont on se servira à l'exclusion de tous autres dans les académies, les écoles-modèles et élémentaires sous le contrôle des commissaires ou syndics d'école, ayant égard dans tel choix aux écoles dans lesquelles l'enseignement est donné en français, et à celles dans lesquelles l'enseignement est donné en anglais; mais ce pouvoir ne s'étendra pas au choix des livres se rattachant à la religion ou aux mœurs, lequel choix sera fait tel que voulu par le second paragraphe de la soixante-et-cinquième section de cet acte concernant les écoles communes;

La compétence pertinente des commissaires et des syndics d'écoles est énoncée au par. 65(2):

65. Il sera du devoir des commissaires et syndics d'école:

2. De régler le cours d'études à suivre dans chaque école, pourvoir à ce que dans les écoles sous leur juridiction on ne se serve que de livres approuvés et recommandés par le conseil d'instruction publique; établir des règles générales pour la régie des écoles, et les communiquer par écrit aux instituteurs respectifs, indiquer le temps où aura lieu l'examen public annuel, et y assister;

Mais le curé, prêtre ou ministre desservant aura le droit exclusif de faire le choix des livres qui ont rapport à la religion et à la morale, pour l'usage des écoles des enfants de sa croyance religieuse.

Les appelantes font valoir que l'ampleur du pouvoir que le par. 16(7) de la *Loi sur l'instruction publique* confère au ministre de l'Éducation a en réalité éliminé le droit des commissaires et syndics d'écoles de «régler le cours d'études», droit qu'ils possédaient en 1867 aux termes du par. 65(2) de la Loi de 1861. Selon les appelantes, ce droit de «régler le cours d'études» implique un droit pour la minorité protestante d'administrer et de diriger ses propres écoles par l'intermédiaire de ses commissaires et syndics d'écoles, ce qui englobe le droit d'établir le programme d'études dans ces écoles. Il s'agirait là d'un «droit ou privilège» protégé par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Before determining whether the impugned Regulations violate the constitutional guarantee found in s. 93(1), two preliminary questions must be answered. First, what was the extent of the school commissioners and trustees power over curriculum under the 1861 Statute? I will address this issue in the remaining part of this chapter. Second, in what measure is this 1861 power a "Right or Privilege with respect to Denominational Schools" which falls within the guarantee provided for in s. 93(1)? I will consider this in Part VI of these reasons. If, in answer to this second question, such a right and privilege has been constitutionally entrenched, do the impugned Regulations violate the constitutional norm so that they must be declared *ultra vires*?

Brossard J. of the Superior Court considered the first question by examining the interaction of ss. 21 and 65 of the 1861 Statute in order to ascertain whether the Council or the commissioners and trustees controlled the content of curriculum (at p. 61):

[TRANSLATION] One does not need a doctorate in pedagogy to see at once that the exclusive power of the Council of Public Instruction over the choice of books necessarily implies at least an indirect control over the subject-matter and content of the course of study to be followed in each school, the "regulation" of which is left to commissioners and trustees, but in keeping with regulations adopted by the Council for "the organization and government" of schools. In other words, the power of commissioners to "regulate the course of study to be followed in each School" was not absolute. [Footnotes omitted.]

Nichols J.A. is the only member of the Court of Appeal who expressly considered the interaction of ss. 21 and 65. He focussed on the grant of authority to the school commissioners and trustees in s. 65. Section 65(2) imposed a "duty" on school commissioners to regulate the course of study in each school. Nichols J.A. considered this word important: when a legislative authority imposes a duty it can be presumed to implicitly grant the power necessary to fully acquit that duty but no more (at p. 1048):

Avant de déterminer si les règlements attaqués violent la garantie constitutionnelle que contient le par. 93(1), il faut répondre à deux questions préliminaires. Premièrement, quelle était l'étendue du pouvoir des commissaires et syndics d'école sur le programme d'études sous le régime de la Loi de 1861? Je consacrerai à cette question le reste de la présente partie. La seconde question est de déterminer dans quelle mesure ce pouvoir conféré en 1861 constitue un «droit ou privilège [...] relativement aux écoles confessionnelles» auquel s'applique la garantie prévue au par. 93(1). Cette question sera examinée dans la partie VI des présents motifs. Si la réponse à la seconde question est qu'il s'agit d'un droit et privilège reconnu par la Constitution, les règlements attaqués enfreignent-ils la norme constitutionnelle et doivent-ils donc être déclarés *ultra vires*?

Dans son étude de la première question, le juge Brossard de la Cour supérieure a examiné l'interaction des art. 21 et 65 de la Loi de 1861 afin de déterminer si le pouvoir de régler le contenu du programme d'études, appartenait au Conseil ou aux commissaires et syndics (à la p. 61):

Nul n'a besoin d'un doctorat en pédagogie pour conclure immédiatement que le pouvoir exclusif du Conseil d'instruction publique sur le choix des livres implique nécessairement un contrôle au moins indirect sur la matière et le contenu du cours d'études à suivre dans chaque école, et dont le «règlement» est laissé au pouvoir des commissaires et syndics, mais dans le cadre des règlements adoptés par le conseil pour «l'organisation et la gouverne» des écoles. En d'autres mots, le pouvoir des commissaires de «régler le cours d'études à suivre dans chaque école» n'était pas absolu. [Renvois supprimés.]

Le juge Nichols est le seul parmi les juges de la Cour d'appel à considérer spécifiquement l'interaction des art. 21 et 65. Il insiste sur l'attribution de pouvoirs aux commissaires et aux syndics d'écoles par l'art. 65. Le paragraphe 65(2) imposait aux commissaires d'écoles le «devoir» de régler le programme d'études dans chaque école. Le juge Nichols estime que ce mot est important car, lorsque le législateur impose un devoir, on peut présumer qu'il confère implicitement le pouvoir nécessaire pour s'acquitter de ce devoir, mais rien de plus (à la p. 1048):

[TRANSLATION] However, this implicit delegation of the exercise of a power does not strip the person delegating of the power itself.

Thus, when the Legislative Assembly of Canada decrees that it shall be the duty of the school commissioners and trustees "to regulate the course of study to be followed", it implicitly vests in them the power to regulate the course of study, but such delegation does not amount to an absolute abandonment of the power itself.

Nichols J.A. went on to canvass the historical development of the school commissioners' and trustees' authority to regulate the course of study in schools, which authority eventually found expression in s. 65(2). He analyzed the statutory powers of school commissioners and trustees on the basis of laws in force from 1801 through to the 1861 consolidation. He concluded (at pp. 1054 and 1055):

[TRANSLATION] This overview of the legislation prior to 1867 shows, in my view, that because of the way the school system was organized school commissioners and trustees did not have the power to adopt the teaching system of their choice.

It was they who, at the lowest level of the hierarchy, had the duty to implement in the schools under their jurisdiction whatever teaching system the government was attempting to apply generally and uniformly.

This shows ... that the legislature has consistently wanted to maintain control over the course of study which the commissioners and trustees, at the bottom of the hierarchy, were to establish in their schools.

In my view the plain meaning of s. 21(3) and (4), when read in conjunction with s. 65(2), is that the Council and the school commissioners and trustees had distinct roles in the administration of education in the province at Confederation, and particularly with respect to the curriculum followed in the schools in the province. The power of the central authority, exercised by the Council pursuant to s. 21(3) and (4), was broad but not unfettered. Thus to borrow the language employed by Wilson J. in the *Separate Schools Reference*, it was a power to regulate, but not to prohibit. Our focus in this case is the authority over matters of curriculum. I see the authority of the Council in

Mais cette délégation implicite de l'exercice d'un pouvoir ne dépouille pas le délégant du pouvoir lui-même.

Ainsi, lorsque l'assemblée législative du Canada a décrète qu'il sera du devoir des commissaires et syndics d'école «de régler le cours d'études à suivre» elle leur accorde implicitement le pouvoir de régler le cours d'études, mais on ne saurait voir dans cette délégation un abandon absolu du pouvoir lui-même.

Le juge Nichols fait ensuite une étude détaillée de l'évolution historique du pouvoir des commissaires et des syndics d'écoles de régler le programme d'études dans les écoles, pouvoir qui a finalement trouvé son expression au par. 65(2). Il procède à l'analyse des pouvoirs légaux des commissaires et syndics d'écoles selon les lois en vigueur de 1801 jusqu'à la refonte de 1861. Il conclut, aux pp. 1054 et 1055:

Ce survol de la législation antérieure à 1867 démontre à mon sens que les structures du système scolaire ne permettaient pas aux commissaires et syndics d'écoles d'adopter à loisir le régime pédagogique de leur choix.

Ils étaient ceux qui, au dernier échelon de la hiérarchie, avaient le devoir de mettre en œuvre dans les écoles soumises à leur juridiction le régime pédagogique que l'État cherchait à généraliser et uniformiser.

Il se dégage [...] une constante à l'effet que la législature a toujours voulu garder la mainmise sur le cours d'études que les commissaires et syndics, au bas de l'échelle hiérarchique, avaient pour mission d'instaurer dans leurs écoles.

À mon avis, le sens manifeste des par. 21(3) et (4), lorsqu'on les rapproche du par. 65(2), est que le Conseil d'une part et les commissaires et syndics d'écoles d'autre part jouaient des rôles distincts dans l'administration de l'éducation dans la province au moment de la Confédération, particulièrement à l'égard du programme d'études suivi dans les écoles de la province. Le pouvoir de l'autorité centrale, exercé par le Conseil en vertu des par. 21(3) et (4), était large mais non illimité. Ainsi, pour reprendre ce que dit le juge Wilson dans le *Renvoi relatif aux écoles séparées*, il s'agissait d'un pouvoir de réglementation et non pas d'un pouvoir d'interdiction. Ce qui nous intéresse ici

s. 21(4) to "select or cause to be published" the books to be used to the exclusion of others, in schools including those under the control of the school commissioners, as the source of authority over the content of the curriculum followed in those schools. Needless to say, in 1861 books represented the central and indeed controlling feature for content of school curriculum. (This remains true today; as we have seen, the province gives substance to its power to set curriculum under the impugned Regulations by retaining the power to approve textbooks and teaching materials.) The link between the substantive content of school curriculum and school books is made plain by the exception to the Council's authority over books. The power to choose books "having reference to religion or morals" was to be made not by the central authority but rather by the "Curé, Priest or officiating Minister" pursuant to s. 65(2), presumably because this was seen as too dangerously close to what would eventually become the constitutionally protected right of the religious minority to set the denominational aspect of school curriculum.

The power of school commissioners and trustees to "regulate the course of study to be followed in each school" was not in conflict with the Council's authority over the books to be used. Section 65(2) is specific in this regard: the local authorities had the duty "to provide that no books be used in Schools under their jurisdiction than those approved and recommended by the Council of Public Instruction". The school commissioners' and trustees' role appears to have been a complementary one: they implemented and monitored the curriculum which was set, with the exception of religious and moral training, by the central authority. This was, as we have seen, the conclusion which Nichols J.A. arrived at after his survey of the pre-Confederation legislation. This division of authority would make practical sense in that it would have been appropriate for the local authorities to be charged with local administration of curriculum, while the central authority

c'est la compétence relative aux programmes d'études. Je vois dans le pouvoir du Conseil, selon par. 21(4), «de choisir ou faire publier» les livres dont on se servira à l'exclusion de tous autres dans les écoles, y compris celles qui relèvent des commissaires d'écoles, la source du pouvoir sur le contenu du programme d'études suivi dans ces écoles. Est-il besoin de souligner qu'en 1861 les livres représentaient l'élément primordial, voire dominant, du contenu des programmes d'études dans les écoles. (Cela tient encore aujourd'hui; comme nous avons pu le constater, la province concrétise son pouvoir d'établir les programmes d'études, aux termes des règlements contestés, en se réservant le pouvoir d'approuver les manuels et le matériel didactique.) Le lien qui existe entre le contenu réel d'un programme d'études et les manuels utilisés ressort plus nettement encore de la restriction apportée à la compétence du Conseil relativement aux livres. Le pouvoir de choisir les «livres qui ont rapport à la religion et à la morale» a été attribué non pas à l'autorité centrale mais plutôt au «curé, prêtre ou ministre desservant» en vertu du par. 65(2), probablement parce qu'on le considérait trop voisin de ce qui allait devenir le droit constitutionnel de la minorité religieuse d'établir l'aspect confessionnel du programme scolaire.

Le pouvoir des commissaires et des syndics d'écoles de «régler le cours d'études à suivre dans chaque école» n'entraîne pas en conflit avec la compétence du Conseil relative aux livres à utiliser. Le paragraphe 65(2) est formel à cet égard: il était du devoir des autorités locales de «pourvoir à ce que dans les écoles sous leur juridiction on ne se serve que de livres approuvés et recommandés par le conseil d'instruction publique». Les commissaires et les syndics d'écoles paraissent avoir joué un rôle complémentaire. En effet, ils s'occupaient de la mise en œuvre et du contrôle du programme d'études qui, à l'exception de l'enseignement religieux et moral, était établi par l'autorité centrale. Comme nous l'avons vu, c'est la conclusion à laquelle le juge Nichols de la Cour d'appel est arrivé à la suite de son examen de textes législatifs antérieurs à la Confédération. Sur le plan pratique, ce partage des pouvoirs serait logique, car il serait normal que les autorités locales aient été

endeavoured to assure a uniform quality and content across the province. The exception to the rule — that the Curé, Priest or officiating Minister select books having reference to religion or morals — was designed to take away from the central authority the power to set the denominational component of the curriculum.

By way of conclusion, therefore, I observe that the Council of Public Instruction had a general power to select books which gave it a broad authority to set curriculum across the province. But the Council could not set the content of curricula pertaining to “religion and morals”. Furthermore, this exception, which is plainly “in respect of Denominational Schools”, to use the terms of s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*, consequently falls within the protection afforded to the religious minority. As for the school commissioners’ and trustees’ power to “regulate the course of study to be followed in each school” under s. 65(2) of the 1861 Statute, this authority was consistent with that of the Council to set curricula generally. This said, the power to regulate the course of study, while not in itself an authority over substantive curriculum, certainly gave the school commissioners and trustees the power to monitor and implement the curriculum imposed upon their schools by the Council. In what measure is this 1861 regulatory power of school commissioners and trustees a “Right or Privilege with respect to Denominational Schools” which falls within the guarantee provided for in s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*? As I will explain in the next section of these reasons, I believe that some of this regulatory power over curricula is constitutionally protected under s. 93(1). To repeat, this is separate from the clear protection afforded to “religious and moral instruction” which is extended as an exception to the central authority’s general power to set curricula. There are, as I shall endeavour to explain below, certain aspects of non-denominational curricula which are nevertheless “with respect to Denominational Schools” and which, on the strength of the 1861 regulatory power of school commissioners, are now constitu-

chargées de l’administration locale du programme d’études, tandis que l’autorité centrale s’appliquait à assurer une qualité et un contenu uniformes partout dans la province. L’exception à la règle — le curé, le prêtre ou le ministre desservant choisissait les livres ayant rapport à la religion ou à la morale — était destinée à enlever à l’autorité centrale le pouvoir d’établir l’élément confessionnel du programme d’études.

Pour conclure, je ferais donc observer que le Conseil d’instruction publique était investi d’un pouvoir général de choisir les livres et possédait de ce fait un large pouvoir sur l’établissement du programme d’études dans l’ensemble de la province. Le Conseil ne pouvait cependant pas fixer le contenu de programmes d’études se rapportant à la religion et à la morale. De plus, cette exception, qui est visiblement une exception «relativement aux écoles confessionnelles», pour reprendre l’expression employée au par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, bénéficie en conséquence de la protection accordée à la minorité religieuse. Pour ce qui est du pouvoir des commissaires et syndics d’écoles de «régler le cours d’études à suivre dans chaque école» en vertu du par. 65(2) de la Loi de 1861, il était compatible avec le pouvoir du Conseil de fixer les programmes d’études en général. Cela dit, le pouvoir de régler le cours d’études, bien que ne constituant pas en soi une compétence relative au contenu du programme d’études, permettait certainement aux commissaires et aux syndics d’écoles de contrôler et de mettre en œuvre le programme que le Conseil imposait à leurs écoles. Dans quelle mesure ce pouvoir de réglementation conféré aux commissaires et aux syndics d’écoles en 1861 constitue-t-il un «droit ou privilège [...] relativement aux écoles confessionnelles» qui relève de la garantie énoncée au par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Comme je l’expliquerai dans la partie suivante des présents motifs, je crois que ce pouvoir de réglementation à l’égard des programmes d’études est protégé en partie par le par. 93(1) de la Constitution. Cela, je le répète, est distinct de la protection clairement accordée à «l’enseignement religieux et moral» à titre d’exception au pouvoir général de l’autorité centrale de fixer les programmes d’études. Certains aspects

tionally entrenched and out of reach of the central authority.

VI—The Constitutionality of the Impugned Legislation and Regulations under Section 93(1)

It remains to be determined whether the impugned regulations violate the s. 93(1) constitutional guarantee based on the content which I have attributed to that guarantee here. In my view, the Minister has succeeded in crafting regulations which fall within the parameters of the provincial authority in relation to education and, at the same time, which respect the constitutional guarantees in s. 93(1).

Under the scheme established by the Regulations, the Minister has broad powers to establish a pedagogical regime for the preschools, elementary and secondary schools in the province. Religious and moral instruction has, however, been treated differently in schools recognized as Catholic or Protestant, pursuant to s. 44 of the Elementary School Regulations and s. 45 of the Secondary School Regulations. In schools recognized as Protestant, for example, it is the regulations of the Protestant Committee of the Conseil supérieur de l'éducation which govern religious and moral instruction — regulations which have not been attacked by the appellants in this case. As I noted earlier, the regulations under attack here do not purport to set the content of moral and religious instruction in Protestant schools. They go no further than to include such instruction among the courses deemed compulsory in all schools. By carving out the denominational content of curriculum and leaving it in the hands of the Protestant Committee of the Conseil, the province has, in my view, conformed to s. 65(2) of the 1861 Statute which gave the Curé, Priest or Minister the exclusive right of selecting the books having reference to religion and morals in denominational schools. This exception to the provinces' plenary power in relation to education — constitutionally entrenched by s. 93(1) — has not been violated.

des programmes d'études non confessionnels, comme je tenterai de l'expliquer plus loin, se rapportent néanmoins aux écoles confessionnelles et sont maintenant, en raison du pouvoir de réglementation conféré aux commissaires d'écoles en 1861, constitutionnalisés et hors de l'atteinte de l'autorité centrale.

VI—La loi et les règlements attaqués sont-ils conformes au paragraphe 93(1) de la Constitution?

Il reste à déterminer si les règlements attaqués enfreignent la garantie constitutionnelle du par. 93(1), compte tenu de l'interprétation que je donne à cette garantie en l'espèce. À mon avis, le ministre a réussi à façonner des règlements qui restent à l'intérieur des limites de la compétence provinciale en matière d'éducation et respectent les garanties constitutionnelles énoncées au par. 93(1).

Selon le système établi par les règlements, le ministre a le pouvoir général de créer un régime pédagogique pour l'éducation préscolaire et les écoles primaires et secondaires de la province. Toutefois, aux termes de l'art. 44 du Règlement sur les écoles primaires et de l'art. 45 du Règlement sur les écoles secondaires, un traitement différent est donné à l'enseignement religieux et moral dans les écoles reconnues comme catholiques ou protestantes. Dans le cas des écoles reconnues comme protestantes, par exemple, ce sont les règlements du comité protestant du Conseil supérieur de l'éducation qui régissent l'enseignement religieux et moral, lesquels règlements ne sont pas attaqués par les appelantes en l'espèce. Comme je l'ai déjà signalé, les règlements contestés dans la présente affaire n'ont pas pour effet de fixer le contenu de l'enseignement moral et religieux dans les écoles protestantes. Ils se bornent à inclure cet enseignement parmi les matières considérées comme obligatoires dans toutes les écoles. En ne touchant pas au contenu confessionnel du programme d'études qui est laissé au comité protestant du Conseil, la province, à mon avis, s'est conformée au par. 65(2) de la Loi de 1861, qui donnait au curé, au prêtre ou au ministre du culte le droit exclusif de faire le choix des livres ayant rapport à la religion et à la morale pour les écoles confessionnelles. Cette exception au pouvoir absolu

The appellants did not argue that the Minister's power to name members of the Protestant Committee, on the advice of members of the denominational community pursuant to s. 17 of *An Act respecting the Conseil supérieur de l'éducation*, itself violated s. 93(1). Presumably they have accepted, for the purposes of present argument, the decision of Brossard J. at first instance that the 1861 power has, *de facto*, passed from the hands of the "Curé, Priest or officiating Minister" to the corresponding committee of the Conseil, and that this delegation does not prejudicially affect the rights or privileges protected by s. 93(1): see [1986] R.J.Q. 48, at p. 62, in which Brossard J. refers to his decision in *Quebec Association of Protestant School Boards v. Attorney General of Quebec*, [1985] C.S. 872, at p. 905.

While the constitutional guarantee for the denominational content of the curriculum has plainly been protected in the Regulations, it was open to argument that certain non-denominational aspects of the curriculum, which also merit protection under s. 93(1), have not been respected. It may seem incongruous to speak of non-denominational aspects of education that fall under the protection of a constitutional guarantee "with respect to Denominational Schools". But there is nothing new in this idea. In deciding that a provincial law providing for a new system of school financing across the province was in violation of s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*, Chouinard J. explained in *Hull, supra*, that the constitutional protection of rights or privileges "with respect to Denominational Schools" sometimes extends beyond that which is "denominational" in the narrow sense of this word since "Denominational status does not exist in a vacuum" (p. 584). In support of this view, he cited the following text prepared by Professors François Chevrete, Herbert Marx and André Tremblay:

[TRANSLATION] It is clear that the spirit of s. 93 seeks to guarantee the denominational status of education as that status existed in 1867, that is, in relation to education provided in dissentient schools in the province and

des provinces en matière d'éducation, exception à laquelle le par. 93(1) a donné valeur constitutionnelle, a été respectée. Les appelantes ne prétendent pas que le pouvoir du ministre de nommer les membres du comité protestant, sur la recommandation des membres de la confession, en vertu de l'art. 17 de la *Loi sur le Conseil supérieur de l'éducation* enfreint le par. 93(1). On peut supposer qu'aux fins de la présente discussion, elles ont accepté la décision du juge Brossard qui a statué en première instance que le pouvoir conféré en 1861 était en fait passé du «curé, prêtre ou ministre» au comité correspondant du Conseil et qu'il s'agit là d'une délégation qui ne préjudicie pas aux droits et aux privilèges que protège le par. 93(1): voir [1986] R.J.Q. 48, à la p. 62, où le juge Brossard renvoie à sa propre décision dans l'affaire *Quebec Association of Protestant School Boards c. Attorney General of Quebec*, [1985] C.S. 872, à la p. 905.

Bien que les règlements protègent manifestement la garantie constitutionnelle relative au contenu confessionnel du programme d'études, on pourrait prétendre que certains aspects non confessionnels du programme d'études, qui devraient également bénéficier de la protection du par. 93(1), n'ont pas été respectés. Il peut paraître illogique de parler d'aspects non confessionnels de l'éducation protégés par une garantie constitutionnelle «relativement aux écoles confessionnelles» mais l'idée n'est pas nouvelle. En décidant qu'une loi provinciale prévoyant un nouveau mode de financement des écoles dans la province allait à l'encontre du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le juge Chouinard explique dans l'arrêt *Hull*, précité, que la protection constitutionnelle de droits ou de privilèges «relativement aux écoles confessionnelles» dépasse parfois les limites de ce qui est «confessionnel» au sens strict du terme puisque «[l]a confessionnalité n'existe pas dans un vacuum» (p. 584). Il cite à l'appui de ce point de vue le passage suivant tiré d'un texte des professeurs François Chevrete, Herbert Marx et André Tremblay:

Il est certain que dans son esprit l'article 93 vise à garantir la confessionnalité de l'enseignement telle que cette confessionnalité se présentait en 1867, c'est-à-dire au niveau de l'enseignement dispensé dans les écoles

in the schools of Montréal and Québec. In this regard, the ultimate aim of the section is a religious one, and that aim was undoubtedly given constitutional form. The question remains whether only that aim was so treated, or whether certain concrete means of achieving it were as well, namely a number of powers and administrative devices to ensure that the denominational status of education would be respected and maintained in practice. There is also no doubt of the answer to this question: constitutional form was also given to a number of means of achieving the result, and the wording of s. 93 itself seems clear in this regard, since it speaks of any "Right or Privilege with respect to Denominational Schools" rather than referring merely to "denominational schools".

It should be noted that in themselves, and viewed in isolation, these means are not necessarily religious in nature, for they may include financial powers, the power to hire teachers and so on; however, such means should still be related to the denominational status of education directly and connected directly with maintaining it.

(Les problèmes constitutionnels posés par la restructuration scolaire de l'île de Montréal (1972), at p. 22.)

In the same way, certain non-denominational aspects of curriculum may fall within the protection of the s. 93(1) guarantee because they are "with respect to Denominational Schools". In other words, constitutional protection "with respect to Denominational Schools" has both denominational and non-denominational components. The problem in *Hull*, in this case and in other like cases, is determining the extent to which these non-denominational aspects of curriculum merit constitutional protection.

The appellants, in their written argument, urge for a very wide interpretation of the rights or privileges in relation to denominational schools which benefit from s. 93(1) protection. The appellants argue for protection of aspects of curriculum not conventionally thought of as denominational. In their view, the nature of Protestant denominational education is such as to require this wide interpretation in order to protect Protestant

dissidentes de la province et dans les écoles de Montréal et de Québec. À ce titre l'objectif final de cet article est de nature religieuse et il ne fait pas de doute que cet objectif ait été constitutionnalisé. Reste la question de savoir si c'est cet objectif final seul qui l'a été, ou si ne l'ont pas été aussi certains moyens concrets d'y parvenir, c'est-à-dire un certain nombre de pouvoirs et de structures administratives assurant que la confessionnalité de l'enseignement serait en pratique respectée et maintenue. La réponse à cette question ne fait pas de doute non plus; on a aussi constitutionnalisé un certain nombre de moyens d'y parvenir et le texte même de l'article 93 semble clair à ce sujet puisqu'il parle de «droit ou privilège relativement aux écoles confessionnelles» au lieu de parler plus simplement «d'écoles confessionnelles».

Remarquons qu'en eux-mêmes et considérés isolément ces moyens n'ont pas nécessairement une nature religieuse, car il pourra éventuellement s'agir de pouvoirs financiers, du pouvoir d'engager des maîtres, etc. Mais il demeure que ces moyens doivent être relatifs à la confessionnalité de l'enseignement et reliés directement au maintien de celle-ci.

(Les problèmes constitutionnels posés par la restructuration scolaire de l'île de Montréal (1972), à la p. 22.)

De la même façon, certains aspects non confessionnels du programme d'études peuvent bénéficier de la protection offerte par la garantie énoncée au par. 93(1) parce qu'ils sont relatifs aux écoles confessionnelles. En d'autres termes, la protection constitutionnelle «relativement aux écoles confessionnelles» comporte aussi bien des éléments confessionnels que des éléments non confessionnels. Le problème dans l'affaire *Hull*, dans la présente affaire et dans des affaires analogues, est de déterminer dans quelle mesure ces aspects non confessionnels du programme d'études méritent d'être protégés par la Constitution.

Les appelantes, dans leurs conclusions écrites, plaident en faveur d'une interprétation très large des droits ou privilèges qui sont accordés à l'égard des écoles confessionnelles et qui bénéficient de la protection du par. 93(1). Elles préconisent en fait la protection d'aspects du programme d'études qui ne sont pas normalement considérés comme confessionnels. Selon elles, la nature de l'éducation confessionnelle protestante est telle que cette inter-

denominational schools. Their factum makes this position plain:

Evidence was introduced to show the essential nature of Protestant denominational schools and to demonstrate the difference between that essential nature and the entirely different but more familiar concept of Catholic denominational education.

That evidence, which was uncontradicted, shows that Protestant education is inherently pluralistic. While the Bible and religion generally are studied, the approach is an objective one and the schools do not attempt to teach the beliefs of any one church. The predominant background is the Judeo-Christian heritage. The emphasis in secular subjects is on objective inquiry and openness in investigation. There has traditionally been a substantial degree of community involvement with the schools in all their major aspects including the curriculum. Brossard, J. found as a fact that there are fundamental differences between Catholic and Protestant denominational schools.

... Appellants seek to protect and preserve a vital aspect of an educational system which reflects the values and priorities of the community they represent.

The appellants contend that the Regulations undermine the constitutional protection of Protestant schools because they are contrary to Protestant educational philosophy. Their view is that, because of the inherently pluralistic nature of the Protestant faith, much of what is generally considered to be the non-denominational aspect of education is coloured by the denominational educational philosophy upon which the school is organized. Because certain non-denominational aspects of curriculum are necessarily affected by this Protestant educational philosophy, they too should benefit from constitutional protection. The appellants argue that since the Regulations effectively vest complete control over curriculum other than religious and moral instruction exclusively in the Minister, this part of the protected right of denominational school boards has been eliminated. If evidence of prejudice caused by the Regulations is

prétation large s'impose pour protéger les écoles confessionnelles protestantes. Cette position se dégage nettement de leur mémoire:

[TRADUCTION] La preuve produite décrit ce qu'est essentiellement la nature des écoles confessionnelles protestantes et fait ressortir la différence entre cette nature essentielle et le concept tout à fait distinct, mais plus familier, d'éducation confessionnelle catholique.

Il ressort de cette preuve, qui par ailleurs n'a pas été contredite, que l'éducation protestante revêt un caractère fondamentalement pluraliste. Quoique la Bible et la religion en général soient étudiées, on les aborde d'une manière objective et les écoles n'essaient pas d'enseigner les dogmes d'une église en particulier. L'accent est mis sur la tradition judéo-chrétienne. En ce qui concerne les matières laïques, on insiste sur l'objectivité et sur l'ouverture d'esprit dans les recherches. Traditionnellement, il y a eu une grande mesure de participation par les membres de la collectivité à tous les aspects importants des écoles, y compris le programme d'études. Le juge Brossard a constaté qu'il existe des différences fondamentales entre les écoles confessionnelles catholiques et les écoles confessionnelles protestantes.

... les appelantes désirent protéger et préserver un aspect vital d'un système d'éducation qui reflète les valeurs et les priorités de la collectivité qu'elles représentent.

Les appelantes soutiennent que les règlements minent la protection constitutionnelle dont bénéficient les écoles protestantes parce qu'ils vont à l'encontre de la philosophie protestante en matière d'éducation. Suivant leur point de vue, en raison du caractère fondamentalement pluraliste de la foi protestante, une bonne partie de ce qui est généralement considéré comme l'aspect non confessionnel de l'éducation est influencée par la philosophie confessionnelle en matière d'éducation en fonction de laquelle l'école est organisée. Puisque certains aspects non confessionnels du programme d'études sont nécessairement touchés par cette philosophie protestante en matière d'éducation, ils devraient bénéficier également d'une protection constitutionnelle. Les appelantes font valoir que, comme les règlements ont pour effet de conférer exclusivement au ministre le plein contrôle du programme d'études, sauf en ce qui concerne l'enseignement

necessary, the appellants cite the following examples:

- (a) The concept of universality embodied in the two regimes is contrary to Protestant educational philosophy. Flexibility to deal adequately with students who are less gifted or more gifted than the average is greatly reduced.
- (b) Elective courses in secondary schools are rendered virtually impossible by the number and the extent of obligatory courses imposed by the regimes.
- (c) The obligatory and only course in Canadian history, "History of Quebec and Canada", does not touch upon any history of Canada, apart from Quebec, from 1929 to the present. No optional course in Canadian history may be taught without the consent of the Minister.
- (d) Teaching English as a second language is forbidden prior to grade 4, contrary to sound pedagogical practice and the wishes of the parents.
- (e) Appellants are required to teach a number of non-academic courses such as "Social & Personal Development", "Career Guidance" and "Home Economics" to all students in each of the years determined by the regimes. These rigid requirements further limit the possibility of expanded academic studies for those students who might best profit from them.

The appellants claim that they invoke s. 93(1) in an effort to protect and preserve a vital aspect of an educational system which reflects the values and priorities of the community they represent. They are clearly of the view that part of non-denominational school curriculum falls within s. 93(1). Yet the appellants do not argue that their power over curriculum is exclusive. Again, I cite from the written argument submitted on their behalf, at p. 27:

[The appellants'] right to establish a curriculum which reflects the values and priorities of their community is not inconsistent with the right of the Province to legislate or adopt regulations of general application respecting curriculum, for example to ensure that all students

religieux et moral, ils suppriment cet aspect du droit garanti aux commissions scolaires confessionnelles. S'il faut une preuve du préjudice causé par les règlements, les appelantes citent les exemples

a suivants:

[TRADUCTION]

- a) Le concept d'universalité inhérent aux deux régimes est contraire à la philosophie protestante en matière d'éducation. La souplesse requise pour répondre adéquatement aux besoins des élèves moins doués ou plus doués que la moyenne s'en trouve considérablement réduite.
- b) Il est presque impossible d'offrir des cours à option dans les écoles secondaires en raison du nombre et de l'étendue des cours obligatoires imposés par les régimes.
- c) Pour la période de 1929 à aujourd'hui, le cours obligatoire d'histoire canadienne («Histoire du Québec et du Canada»), qui est le seul offert, porte uniquement sur l'histoire du Québec. Aucun cours à option traitant de l'histoire du Canada ne peut être enseigné sans le consentement du ministre.
- d) L'enseignement de l'anglais comme langue seconde est interdit avant la quatrième année, ce qui est contraire à la fois aux bonnes pratiques pédagogiques et aux désirs des parents.
- e) Les appelantes sont tenues d'enseigner à tous les élèves dans chacune des années déterminées par les régimes plusieurs cours pratiques tels que «Formation personnelle et sociale», «Éducation au choix de carrière» et «Économie familiale». Ces exigences rigides viennent limiter davantage les possibilités d'offrir un plus grand nombre de cours théoriques aux élèves qui en profiteraient le plus.

g Les appelantes affirment qu'elles invoquent le par. 93(1) dans le but de protéger et de préserver un aspect vital d'un système d'enseignement qui reflète les valeurs et les priorités de la collectivité qu'elles représentent. De toute évidence, elles estiment qu'une partie du programme d'études non confessionnel des écoles relève du par. 93(1). Les appelantes ne prétendent cependant pas détenir un pouvoir exclusif relativement au programme d'études. Je cite à nouveau les plaidoiries écrites présentées en leur nom, où l'on trouve, à la p. 27, le passage suivant:

[TRADUCTION] Le droit [des appelantes] d'établir un programme d'études qui reflète les valeurs et les priorités de la collectivité à laquelle elles appartiennent n'est nullement incompatible avec le droit de la province de légiférer relativement au programme d'études ou

achieve adequate standards in core subjects or a knowledge of matters of particular concern to Quebec students. It is only where a protected right is prejudicially affected, as is the case here, that the guarantees of Section 93 limit the authority of the Province.

I cannot agree that s. 93(1) grants to Protestants a control over curriculum which is as sweeping as that suggested by the appellants. By associating the content of the constitutional guarantee with a Protestant educational philosophy founded upon pluralism, the appellants would give to the Protestant community a right or privilege to determine the curriculum used in denominational schools which is completely incompatible with the exercise of a general regulatory power of the province over matters of curriculum which fall outside religious and moral education. A parallel can be drawn between the effect of this position and that of the respondents in *City of Winnipeg v. Barrett*, [1892] A.C. 445 (P.C.) In upholding the *Manitoba Public Schools Act, 1890* in the face of a challenge by the local Catholic community that the Act violated protected rights or privileges in the equivalent to s. 93 in the *Manitoba Act, 1870*, Lord MacNaghten stated (at p. 459):

With the policy of the Act of 1890 their Lordships are not concerned. But they cannot help observing that, if the views of the respondents were to prevail, it would be extremely difficult for the provincial legislature, which has been entrusted with the exclusive power of making laws relating to education to provide for the educational wants of the more sparsely inhabited districts of a country almost as large as Great Britain, and that the powers of the legislature, which on the face of the Act appear so large, would be limited to the useful but somewhat humble office of making regulations for the sanitary conditions of school-houses, imposing rates for the support of denominational schools, enforcing the compulsory attendance of scholars, and matters of that sort.

To give the proper content to s. 93(1) in this case, the Court must decide which non-denomina-

d'adopter des règlements d'application générale s'y rapportant, par exemple, afin de s'assurer que tous les élèves acquièrent une connaissance suffisante dans les disciplines principales et dans les matières qui présentent un intérêt particulier pour les élèves du Québec. Ce n'est que lorsqu'il est porté atteinte à un droit protégé, comme c'est le cas en l'espèce, que les garanties énoncées à l'art. 93 viennent restreindre la compétence de la province.

Je ne puis me persuader que le par. 93(1) confère aux protestants un pouvoir sur le programme d'études aussi étendu que le prétendent les appelantes. En associant le contenu de la garantie constitutionnelle à une philosophie protestante en matière d'éducation qui est fondée sur le pluralisme, les appelantes accorderaient à la collectivité protestante un droit ou un privilège de régler le programme d'études à suivre dans les écoles confessionnelles qui est tout à fait incompatible avec l'exercice par la province d'un pouvoir général de réglementation à l'égard de questions touchant le programme d'études qui n'appartiennent pas au domaine de l'enseignement religieux et moral. On peut faire un parallèle entre l'effet de cette position et l'effet du point de vue adopté par les intimés dans l'affaire *City of Winnipeg v. Barrett*, [1892] A.C. 445 (C.P.) En déclarant valide *The Public Schools Act, 1890* du Manitoba à laquelle la collectivité catholique locale reprochait de violer des droits ou privilèges protégés par la disposition de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* qui correspond à l'art. 93, lord MacNaghten affirme, à la p. 459:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries ne s'intéressent pas à la politique de la Loi de 1890. Toutefois, elles ne peuvent s'empêcher de remarquer que, si les opinions des intimés devaient s'appliquer, il serait extrêmement difficile pour la législature de la province, qui a le pouvoir exclusif d'adopter des lois relatives à l'éducation, de combler les besoins en matière d'éducation des districts les moins peuplés d'un pays presque aussi grand que la Grande-Bretagne et que les pouvoirs de la législature qui, d'après la Loi, paraissent tellement étendus seraient limités à la tâche utile, mais plutôt humble, d'établir des règlements portant sur les conditions d'hygiène dans les écoles, sur le prélèvement d'impôts pour le financement des écoles confessionnelles, sur le respect de la présence obligatoire des élèves et sur des questions de ce genre.

Pour déterminer le sens exact du par. 93(1) en l'espèce, la Cour doit décider quels aspects non

tional aspects of curriculum are, from the point of view of constitutional law, "with respect to" Protestant denominational schools. In arriving at his conclusion that the Regulations impugned in the case at bar were *intra vires*, McCarthy J.A. very ably drew the line between those aspects of curriculum which enjoy constitutional protection and those which do not. At page 1035, he stated that:

... to interpret properly section 93 of the *Constitution Act, 1867*, one must first distinguish between the denominational and the non-denominational aspects of denominational schools and then distinguish further between those non-denominational aspects, such as financing, which are necessary to give effect to denominational guarantees and those which are not so necessary. The pedagogical regimes here in question fall into the last category. They are therefore within the legislative competence of the province in relation to education.

Furthermore, the protection over the non-denominational aspects of denominational schools which are necessary to give effects to denominational guarantees, to use the language of McCarthy J.A., is also assured in the Regulations. The 1861 power of school commissioners and trustees to "regulate the course of study" in denominational schools has been entrenched only in so far as this limited regulatory power is necessary to give effect to denominational guarantees. I believe the impugned Law and Regulations meet the constitutional requirement by granting to the school boards the power to adapt prescribed curricula to local needs and to create additional curricula, subject to approval, where they deem it necessary and to participate in the evaluation of the curricula generally. The Attorney General of Quebec correctly observed in written argument:

[TRANSLATION] The trustees of dissentient schools, whether Catholic or Protestant, are therefore subject to the regulation of curricula. However, in view of the constitutional protection they are given, they may adapt these curricula by offering them in a manner consistent with their religious values and regulate their schools so as to diffuse in them their own religious values.

confessionnels du programme d'études sont, du point de vue du droit constitutionnel, «relativement aux» écoles confessionnelles protestantes. Le juge McCarthy, qui conclut que les règlements attaqués en l'espèce sont *intra vires*, trace très habilement la ligne de démarcation entre les aspects du programme d'études qui bénéficient de la protection de la Constitution et ceux qui n'en bénéficient pas. À la page 1035, il dit:

[TRADUCTION] ... pour bien interpréter l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, on doit d'abord faire une distinction entre les aspects confessionnels et les aspects non confessionnels des écoles confessionnelles, puis faire une distinction aussi entre les aspects non confessionnels, tels que le financement, qui sont nécessaires pour rendre efficaces les garanties confessionnelles, et ceux qui ne le sont pas. Les régimes pédagogiques ici en cause tombent dans cette dernière catégorie. Ils relèvent donc de la compétence législative de la province en matière d'éducation.

En outre, la protection des aspects non confessionnels des écoles confessionnelles qui sont nécessaires pour rendre efficaces les garanties confessionnelles, comme le dit le juge McCarthy, est également assurée par les règlements. Le pouvoir de «régler le cours d'études» dans les écoles confessionnelles, conféré en 1861 aux commissaires et aux syndics d'écoles, n'est constitutionnalisé que dans la mesure où ce pouvoir de réglementation limité est nécessaire pour rendre efficaces les garanties confessionnelles. Pour ma part, je crois que la Loi et les règlements attaqués répondent à l'exigence constitutionnelle en donnant aux commissions scolaires le pouvoir d'adapter aux besoins locaux les programmes d'études prescrits, de créer, sous réserve qu'ils soient approuvés, d'autres programmes d'études lorsqu'elles le jugent nécessaire et de participer à l'évaluation des programmes d'études en général. C'est avec raison que le procureur général du Québec souligne dans ses plaidoiries écrites:

Les syndics des écoles dissidentes, catholiques ou protestantes sont donc soumis à la réglementation sur les programmes d'études. Mais, compte tenu de la protection constitutionnelle dont ils sont revêtus, ils peuvent adapter ces programmes d'études en les dispensant d'une façon conforme à leurs valeurs religieuses et régir leurs écoles de façon à les imprégner des valeurs religieuses qui leur sont propres.

The Regulations allow the school boards to exercise their 1861 power over the non-denominational aspects of denominational schools which are necessary to give effect to denominational guarantees.

McCarthy J.A. has traced a fine line which, I believe, serves to render more precise much of the discussion of the s. 93(1) that has come before in the case law. I offer the following example of how McCarthy J.A.'s distinction furthers an understanding of the cases in this complicated field. After observing that "[d]enominational status does not exist in a vacuum" for the purposes of distinguishing between protected and unprotected aspects of denominational schools in *Hull, supra*, at p. 584, Chouinard J. cited the following dictum with approval:

In *Hirsch* in this Court, [1926] S.C.R. 246, Anglin C.J., who was not overruled by the Privy Council on this point, wrote at p. 269:

From what has been said it is apparent that we would regard legislation designed to impair the right of Protestants, as a class of persons in the province of Quebec, to the exclusive control, financial and pedagogic, of their schools, as *ultra vires* of the provincial legislature. [Emphasis added.]

To Chouinard J.'s approval of this dictum I would add the refinement that McCarthy J.A. has provided us in the Court of Appeal here. The pedagogical control to which Anglin C.J. alludes is only exclusive in so far as it is necessary to assure the protection of the constitutional value. The only non-denominational aspects of a pedagogical regime which are protected by s. 93(1) are those which are "necessary to give effect to denominational guarantees".

There is plainly an honest difference of opinion between the educational experts of the appellant school boards and those of the Minister of Education as to what kind of pedagogical regime is best suited to preschool, elementary and secondary school pupils. Whatever the merits of the approaches to education espoused by the appellant school boards and the Minister respectively, s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867* is not the appropriate device to settle their differences. The

Les règlements permettent aux commissions scolaires d'exercer le pouvoir qu'elles détiennent depuis 1861 sur les aspects non confessionnels des écoles confessionnelles qui sont nécessaires pour
a rendre efficaces les garanties confessionnelles.

Le juge McCarthy trace une ligne précise qui, je crois, permet d'élucider une large part du débat jurisprudentiel concernant le par. 93(1). Voici un
b exemple de la manière dont la distinction faite par le juge McCarthy nous aide à comprendre la jurisprudence relative aux décisions rendues dans ce domaine compliqué. Après avoir souligné que «[l]a confessionnalité n'existe pas dans un vacuum» lorsqu'il s'agit de distinguer entre les aspects protégés et les aspects non protégés des écoles confessionnelles, le juge Chouinard cite et approuve l'opinion suivante dans l'arrêt *Hull*, précité, à la p. 584:

Dans l'arrêt *Hirsch* en cette Cour, [1926] R.C.S. 246, le juge en chef Anglin, qui sur ce point n'est pas contredit par le Conseil privé, écrit à la p. 269:

[TRADUCTION] Il ressort de ce qui précède que nous considérons que la loi destinée à amoindrir le droit des protestants, comme classe de personnes dans la province de Québec, au contrôle exclusif, financier et pédagogique de leurs écoles, est *ultra vires* de la législation de la province. [Je souligne.]

À ce point de vue approuvé par le juge Chouinard j'apporterais la nuance qu'exprime le juge McCarthy de la Cour d'appel dans la présente affaire. Le contrôle pédagogique dont parle le juge en chef Anglin n'est exclusif que dans la mesure où il est
g nécessaire pour assurer le respect d'une valeur protégée par la Constitution. Les seuls aspects non confessionnels d'un régime pédagogique qui bénéficient de la protection du par. 93(1) sont ceux qui sont «nécessaires pour rendre efficaces les garanties confessionnelles».

De toute évidence, les experts en matière d'éducation des commissions scolaires appelantes et ceux du ministre de l'Éducation diffèrent en toute
i bonne foi dans leur opinion quant au régime pédagogique le mieux adapté aux besoins des élèves des niveaux préscolaire, primaire et secondaire. Quelle que soit la valeur des positions respectives des commissions scolaires appelantes et du ministre vis-à-vis de l'éducation, ce n'est pas au par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qu'il convient

constitutional guarantee is explicitly stated to be "with respect to Denominational Schools". In an effort to attack the principle of a uniform curriculum for all schools, the appellants have framed what may well be a legitimate pedagogical argument in constitutional terms which, I believe, is inappropriate. As I have said, I do not accept the appellants' position that Protestant educational philosophy extends constitutional protection beyond what is necessary to give effect to denominational guarantees. The appellants are attacking non-denominational aspects of curriculum which are not necessary to give effect to denominational guarantees. I agree with McCarthy J.A. that whatever the pedagogical value of the Regulations may be, they are within the legislative competence of the province in relation to education.

VII—The Constitutionality of the Impugned Legislation and Regulations under Section 93(2)

The appellants invoke s. 93(2) of the *Constitution Act, 1867* as an alternative basis on which to attack the legislation and regulations at issue here. Section 93(2) directs that "All the Powers, Privileges, and Duties at the Union by Law conferred and imposed in Upper Canada on the Separate Schools and School Trustees of the Queen's Roman Catholic Subjects shall be and the same are hereby extended to the Dissentient Schools of the Queen's Protestant and Roman Catholic Subjects in Quebec".

On the strength of the judgment of this Court in the *Separate Schools Reference*, rendered after the decision in the Court of Appeal in the case at bar, the appellants argue in their factum that "the right of Quebec Protestants in respect of curriculum can be no less than [that] enjoyed by Roman Catholics in Ontario" as described by Wilson J. in that case. This argument seems to postulate that the Protestant School Board of Greater Montreal and Greater Quebec School Board are boards of dissentient schools, as well as the Lakeshore School Board and all the boards

de recourir pour régler leur différend. La garantie constitutionnelle porte explicitement qu'elle est «relativement aux écoles confessionnelles». En contestant le principe de l'uniformité des programmes d'études pour toutes les écoles, les appelantes forment en termes constitutionnels un argument qui pourrait être un argument pédagogique valable mais, selon moi, cette démarche n'est pas appropriée. Comme je l'ai déjà dit, je n'accepte pas la proposition des appelantes suivant laquelle la philosophie protestante en matière d'éducation implique que une protection constitutionnelle dépassant ce qui est nécessaire pour rendre efficaces les garanties confessionnelles. Les appelantes attaquent des aspects non confessionnels du programme d'études qui ne sont pas nécessaires pour rendre efficaces les garanties confessionnelles. Comme le juge McCarthy, j'estime que, quelle que soit la valeur pédagogique des règlements, ils relèvent de la compétence législative de la province en matière d'éducation.

VII—La loi et les règlements attaqués sont-ils conformes au paragraphe 93(2) de la Constitution?

Les appelantes invoquent subsidiairement le par. 93(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour attaquer la Loi et les règlements en cause. Le paragraphe 93(2) dispose que «tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés ou imposés par la loi dans le Haut-Canada, lors de l'Union, aux écoles séparées et aux syndicats d'écoles des sujets catholiques romains de la Reine, seront et sont par les présentes étendus aux écoles dissidentes des sujets protestants et catholiques romains de la Reine dans la province de Québec».

S'appuyant sur l'arrêt de cette Cour dans le *Renvoi relatif aux écoles séparées*, prononcé après le jugement de la Cour d'appel en l'espèce, les appelantes soutiennent dans leur mémoire que [TRADUCTION] «le droit des protestants du Québec relativement au programme d'études ne peut être moins étendu que celui dont jouissent les catholiques en Ontario», tel qu'il a été décrit par le juge Wilson dans cet arrêt. Cet argument semble supposer que la Commission des écoles protestantes du Grand Montréal et la Commission scolaire Greater Québec ainsi que la Commission scolaire

represented by the Association of Protestant School Boards. This may not be entirely free from doubt but I am prepared to assume without deciding that the postulate is well founded.

Section 93(2) does not itself entrench rights or privileges which existed in either province by law at the Union. It is section 93(1), and not s. 93(2) on its own, which raises "Right[s] or Privilege[s] with respect to Denominational Schools" to the status of constitutional norms. What section 93(2) does do is add a step to the analysis which necessarily comes before the determination of which rights and privileges enjoyed by law at the Union have become entrenched in Quebec under s. 93(1). In essence, s. 93(2) extends all powers, privileges and duties (but not constitutional powers and privileges) conferred and imposed in Upper Canada on the separate schools and school trustees of the Queen's Roman Catholic subjects to the dissentient schools of the Queen's Protestant and Roman Catholic subjects in Quebec. Section 93(2) does not replace the rule in s. 93(1), but it does complete it. If, for example, by the operation of the provision in s. 93(2), powers and privileges which existed at the time of Confederation in Upper Canada are "extended" to dissentient Quebec Protestants or Catholics, the inquiry as to what greater constitutional powers and privileges dissentient Quebec Protestants or Catholics may enjoy in their own province does not end there. The Court is still required, not by s. 93(2) but by s. 93(1), to determine whether the power or privilege extended from Upper Canada to Quebec is "with respect to Denominational Schools" and whether that right, power or privilege is prejudicially affected by the legislation attacked in any given case. (Other powers extended by s. 93(2) might be relevant, at least in theory, to protection afforded by s. 93(3) and (4).)

The Attorney General of Ontario intervened on behalf of the respondent on this issue. Together

Lakeshore et toutes les commissions scolaires représentées par l'Association des commissions scolaires protestantes du Québec sont des commissions d'écoles dissidentes. Quoique cela ne soit peut-être pas absolument certain, je suis prêt à tenir pour avéré, sans toutefois trancher la question, que cette hypothèse est bien fondée.

Le paragraphe 93(2) lui-même ne donne pas valeur constitutionnelle à des droits ou des privilèges qui existaient dans l'une ou l'autre province lors de l'Union. C'est le par. 93(1), et non le par. 93(2) pris isolément, qui érige en normes constitutionnelles les «droit[s] ou privilège[s] [...] relativement aux écoles confessionnelles». Le paragraphe 93(2) ne fait qu'ajouter une étape à l'analyse à laquelle il faut nécessairement procéder pour déterminer quels droits et privilèges conférés par la loi lors de l'Union ont été constitutionnalisés au Québec en vertu du par. 93(1). Essentiellement, le par. 93(2) étend aux écoles dissidentes des sujets protestants et catholiques de Sa Majesté au Québec tous les pouvoirs, privilèges et devoirs (mais non des pouvoirs et privilèges garantis par la Constitution) conférés ou imposés dans le Haut-Canada aux écoles séparées et aux syndics d'écoles des sujets catholiques de la Reine. Le paragraphe 93(2) ne remplace pas la règle énoncée au par. 93(1); il la complète. Si, par exemple, en application du par. 93(2), des pouvoirs et privilèges existant au moment de la Confédération dans le Haut-Canada sont «étendus» aux écoles protestantes et catholiques dissidentes du Québec, cela ne permet pas de déterminer complètement quels sont les droits constitutionnels additionnels dont disposent les protestants et catholiques dissidents du Québec dans leur propre province. La Cour est encore obligée, non par le par. 93(2) mais par le par. 93(1), de déterminer si le pouvoir ou privilège qui existait dans le Haut-Canada et que l'on a étendu au Québec est relatif aux écoles confessionnelles et si la loi attaquée dans une cause donnée préjudicie à ce droit, pouvoir ou privilège. (D'autres pouvoirs étendus par le par. 93(2) pourraient être pertinents, du moins en théorie, relativement à la protection qu'accordent les par. 93(3) et (4).)

Le procureur général de l'Ontario est intervenu en faveur de l'intimé sur cette question. Tous deux

they argue that the law in Upper Canada at the Union divided authority over curriculum between the central Council of Public Instruction and the separate school trustees in a manner similar to the division of authority under the 1861 Statute in Quebec. Furthermore, they contend that in the *Separate Schools Reference*, Wilson J. did not recognize a power over the content of curriculum for separate school trustees which, by operation of s. 93(2), would invalidate the Quebec legislation and regulations here. The respondent concludes its submission on this point: [TRANSLATION] "... the situation in Quebec is the same as in Ontario. The province sets the curricula and the trustees, Catholic as well as Protestant, offer them in accordance with their own philosophy."

In the *Separate Schools Reference*, Wilson J. explained that four statutes in force at the time of Confederation in Upper Canada are relevant to the interpretation of s. 93(1): *An Act respecting Common Schools in Upper Canada*, C.S.U.C. 1859, c. 64 (the "*Common Schools Act, 1859*"); *An Act respecting Separate Schools*, C.S.U.C. 1859, c. 65; *An Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools*, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., c. 5 (the "*Scott Act, 1863*"), and *An Act for the further improvement of Grammar Schools in Upper Canada*, S. Prov. C. 1865, 29 Vict., c. 23. I do not propose to analyze these statutes exhaustively here: Wilson J. has done this, albeit from a different perspective, in the *Separate Schools Reference*, and I will make liberal use of her analysis here.

At pages 1182-85 *passim*, Wilson J. described the shared authority over curriculum between the central and local authorities at Confederation. Although the law in force at the Union did not confer an express power upon separate school trustees in Upper Canada to determine the courses to be taught in their schools, Wilson J. believed that such a power was implicit in the scheme of the legislation. She based this conclusion on the power which trustees had to employ teachers and, in the

font valoir que la loi en vigueur dans le Haut-Canada lors de l'Union partageait le pouvoir sur le programme d'études entre l'autorité centrale, le Conseil d'instruction publique, et les syndic d'écoles séparées, d'une manière semblable au partage du pouvoir opéré par la Loi de 1861 au Québec. Ils soutiennent en outre que, dans le *Renvoi relatif aux écoles séparées*, le juge Wilson n'a pas reconnu aux syndic d'écoles séparées une compétence relative au contenu du programme d'études qui, par l'effet du par. 93(2), invaliderait la Loi et les règlements québécois en cause. L'intimé termine ainsi son argument sur ce point: «... la situation est la même au Québec qu'en Ontario. La Province établit les programmes d'études et les syndic, catholiques comme protestants, les dispensent en les emprehant de leur propre philosophie.»

Dans le *Renvoi relatif aux écoles séparées*, le juge Wilson explique que quatre lois en vigueur dans le Haut-Canada lors de la Confédération sont pertinentes aux fins de l'interprétation du par. 93(1): *An Act respecting Common Schools in Upper Canada*, C.S.U.C. 1859, chap. 64 (la "*Common Schools Act, 1859*"); *An Act respecting Separate Schools*, C.S.U.C. 1859, chap. 65; *Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées*, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., chap. 5 (la "*Loi Scott, 1863*"), et l'*Acte pour perfectionner davantage les écoles de grammaire dans le Haut-Canada*, S. Prov. C. 1865, 29 Vict., chap. 23. Je ne me propose pas d'entreprendre ici une analyse exhaustive de ces lois. Le juge Wilson l'a déjà fait, quoique dans une perspective différente, dans le *Renvoi relatif aux écoles séparées* et je vais puiser abondamment dans son analyse.

Aux pages 1182 à 1185 *passim*, le juge Wilson décrit comment la compétence relative au programme d'études était partagée entre l'autorité centrale et les autorités locales au moment de la Confédération. La loi en vigueur lors de l'Union ne conférait pas aux syndic des écoles séparées du Haut-Canada le pouvoir exprès de prescrire les matières à enseigner dans leurs écoles mais, selon le juge Wilson ce pouvoir découlait implicitement de l'économie de la loi. Le juge a fondé cette

case of trustees in urban areas, the power to determine the duties which those teachers would perform. Wilson J. detailed the scope of the authority of the central Council for Public Instruction to make regulations for the organization, government and discipline of common schools and to recommend or disapprove textbooks, as well as the corresponding duty imposed on the trustees to see that no books unauthorized by the Council of Public Instruction were used in the schools. She then concluded (at p. 1184):

But the exact content of a particular school's curriculum would seem, in the absence of specific regulation by the Council for Public Instruction, to be by law left to the discretion of the trustees.

The appellants argue that s. 93(2) extends the power or privilege to determine the exact content of curriculum enjoyed by trustees in Upper Canada to the Quebec Protestants identified in that provision.

Accepting Wilson J.'s conclusions for the purposes of present argument, the Court still must assess in what measure this power or privilege extended by operation of s. 93(2) to Quebec Protestants is entrenched in Quebec as a "Right or Privilege with respect to Denominational Schools" pursuant to s. 93(1). The extent to which the separate school trustees' power to set the non-denominational component of curriculum in Upper Canada is entrenched for Quebec is most crucial to the resolution of this appeal. Does this extended power or privilege result in a wider constitutional protection for the appellants under s. 93(1) than the entrenched protection over non-denominational curriculum which I have described above?

In my view this cannot be the case. While the precise content of the law in each province may have varied at the Union, the manner in which the Court must determine to what extent a right, power or privilege is, from the point of view of constitutional law, "with respect to Denominational Schools" in a given province does not vary, even

conclusion sur le pouvoir que détenaient les syndicats d'engager des instituteurs et, dans le cas des syndicats de conseils scolaires urbains, sur leur pouvoir de fixer les fonctions de ces instituteurs. Le juge

a Wilson décrit en détail le pouvoir du Conseil de l'instruction publique d'établir des règlements concernant l'organisation, l'administration et la discipline des écoles communes et celui de recommander ou de rejeter des manuels, ainsi que de *b* l'obligation correspondante imposée aux syndicats de veiller à ce qu'aucun livre non autorisé par le Conseil d'instruction publique ne soit utilisé dans les écoles. Puis elle conclut, à la p. 1184:

c Mais le contenu exact des matières au programme d'une école particulière semblait, en l'absence de réglementation expresse du Conseil de l'instruction publique, laissée, de par la loi, au pouvoir discrétionnaire des syndicats.

d Les appelantes font valoir que le par. 93(2) étend aux protestants du Québec le pouvoir ou privilège conféré aux syndicats du Haut-Canada d'établir le contenu exact du programme d'études.

e Même si elle accepte aux fins de la présente discussion les conclusions du juge Wilson, la Cour doit encore déterminer jusqu'à quel point ce pouvoir ou privilège étendu par l'effet du par. 93(2) *f* aux protestants du Québec est constitutionnalisé dans cette province par le par. 93(1) comme «droit ou privilège [...] relativement aux écoles confessionnelles». La mesure dans laquelle le pouvoir des syndicats d'écoles séparées de déterminer l'élément *g* non confessionnel des programmes d'études dans le Haut-Canada est constitutionnalisé dans le cas du Québec revêt une importance capitale pour l'issue du présent pourvoi. Le pouvoir ou privilège ainsi étendu confère-t-il aux appelantes une protection *h* constitutionnelle plus large en vertu du par. 93(1) que la protection accordée par la Constitution au programme d'études non confessionnels dont je parle plus haut?

i À mon avis, cela n'est pas possible. Même si la teneur précise de la loi en vigueur pouvait varier d'une province à l'autre lors de l'Union, la façon dont la Cour doit procéder pour déterminer dans quelle mesure un droit, un pouvoir ou un privilège est, du point de vue du droit constitutionnel, «relativement aux écoles confessionnelles» dans une pro-

when those rights, powers or privileges are "extended". The distinction which McCarthy J.A. established in the Court of Appeal in this case regarding which aspects of curriculum enjoy constitutional protection in Quebec under s. 93(1) remains applicable where a right, power or privilege to set curriculum is extended by operation of s. 93(2). As is the case in respect of the powers granted to school commissioners and trustees under the 1861 Statute in Quebec, the power to set curriculum extended to Quebec Protestants has only been entrenched in so far as it is necessary to give effect to the denominational guarantee in Quebec. Because this power is not necessary to secure the s. 93(1) guarantee which is, as I have said, amply protected elsewhere, I do not believe the argument based on s. 93(2) strengthens the attack on the impugned law and regulations. The appellants do not succeed in their argument based on s. 93(2).

VIII—Conclusion

For the reasons given above, s. 16(7) of the *Education Act* and the Elementary and Secondary School Regulations are *intra vires* the province pursuant to s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. I would answer the constitutional question in the negative and dismiss the appeal, with costs. No order as to costs is made for or against the interveners.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Colin K. Irving and Allan R. Hilton, Montréal.

Solicitors for the respondent: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: Ronald J. Richards, St. John's.

vince donnée ne change pas, même lorsque ces droits, pouvoirs et privilèges sont «étendus». La distinction faite en l'espèce par le juge McCarthy en Cour d'appel concernant les aspects du programme d'études qui bénéficient d'une protection constitutionnelle au Québec aux termes du par. 93(1) s'applique également lorsque le droit, pouvoir ou privilège de fixer le programme d'études est étendu par le jeu du par. 93(2). Comme dans le cas des pouvoirs accordés aux commissaires et syndics d'écoles au Québec par la Loi de 1861, le pouvoir d'établir le programme d'études qui a été étendu aux protestants du Québec n'est constitutionnalisé qu'autant que cela est nécessaire pour rendre efficace la garantie confessionnelle au Québec. Puisque ce pouvoir n'est pas nécessaire pour asseoir la garantie énoncée au par. 93(1), laquelle est, je le répète, amplement protégée ailleurs, je ne crois pas que l'argument basé sur le par. 93(2) puisse renforcer l'attaque contre la Loi et les règlements contestés en l'espèce. L'argument des appelantes fondé sur le par. 93(2) est donc rejeté.

VIII—Conclusion

Pour les raisons qui précèdent, le par. 16(7) de la *Loi sur l'instruction publique* ainsi que les règlements sur les écoles primaires et les écoles secondaires sont *intra vires* de la province suivant l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je suis d'avis de répondre à la question constitutionnelle par la négative et de rejeter le pourvoi avec dépens. Aucune ordonnance n'est rendue quant aux dépens pour ou contre les intervenants.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes: Colin K. Irving et Allan R. Hilton, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Ronald J. Richards, St. John's.