

Attorney General of Canada *Appellant/
Respondent on cross-appeal*

v.

**George Hislop, Brent E. Daum,
Albert McNutt, Eric Brogaard and
Gail Meredith** *Respondents/Appellants on
cross-appeal*

and

**Attorney General of Ontario, Attorney
General of Quebec, Attorney General of
Alberta and Egale Canada Inc.** *Interveners*

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v.
HISLOP**

Neutral citation: 2007 SCC 10.

File No.: 30755.

2006: May 16; 2007: March 1.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel,
Deschamps, Abella and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality
rights — Sexual orientation — Survivorship pensions
— Whether provisions of Canada Pension Plan limiting
eligibility for survivor benefits to same-sex partners of
deceased contributors who died on or after January 1,
1998 infringe right to equality — If so, whether infringe-
ment justified — Canadian Charter of Rights and
Freedoms, ss. 1, 15(1) — Canada Pension Plan, R.S.C.
1985, c. C-8, ss. 44(1.1), 72.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality
rights — Sexual orientation — Survivorship pensions —
Whether estate has standing to advance equality rights
claim on behalf of deceased survivor — Canadian Char-
ter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Canada Pension
Plan, R.S.C. 1985, c. C-8, s. 60(2).*

Procureur général du Canada *Appelant/
Intimé au pourvoi incident*

c.

**George Hislop, Brent E. Daum,
Albert McNutt, Eric Brogaard et
Gail Meredith** *Intimés/Appellants au pourvoi
incident*

et

**Procureur général de l'Ontario, procureur
général du Québec, procureur général de
l'Alberta et Egale Canada Inc.** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c.
HISLOP**

Référence neutre : 2007 CSC 10.

N^o du greffe : 30755.

2006: 16 mai; 2007 : 1^{er} mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella et
Rothstein.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits
à l'égalité — Orientation sexuelle — Pension de sur-
vivant — Les dispositions du Régime de pensions du
Canada limitant l'admissibilité à la pension de survi-
vant du conjoint de même sexe d'un cotisant décédé le
1^{er} janvier 1998 ou par la suite violent-elles le droit à
l'égalité? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justi-
fiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1,
15(1) — Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985,
ch. C-8, art. 44(1.1), 72.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à
l'égalité — Orientation sexuelle — Pension de survivant
— La succession d'un conjoint survivant décédé a-t-elle
qualité pour faire valoir les droits à l'égalité du défunt?
— Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) —
Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-8,
art. 60(2).*

Constitutional law — Remedy — Retroactive remedy — Circumstances under which courts may limit retroactive remedy — Constitution Act, 1982, s. 52.

Following the 1999 decision of this Court in *M. v. H.*, the federal government amended the *Canada Pension Plan* (“*CPP*”) in 2000 to extend survivor benefits to same-sex partners by changing the definition of “spouse” to conform with the equality rights provisions of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and by adding new provisions. However, under s. 44(1.1) of the *CPP*, eligibility was limited to same-sex partners whose “spouse” died on or after January 1, 1998. Benefits were not retroactive to April 17, 1985, when s. 15(1) came into force, or the date of death of the “spouse”, whichever occurred later. Section 72(2) of the *CPP* precluded payments to same-sex survivors for any month before July 2000, the month s. 72(2) came into force. The effect of s. 72(2) came to an end as of June 2001, because after that month, same-sex and opposite-sex survivors benefited from application of the general rule in s. 72(1), which limits survivors’ arrears benefits to not more than 12 months prior to the month in which the application is received. Finally, s. 60(2) of the *CPP*, a general provision not affected by the 2000 amendments, limits the right of estates of survivors from obtaining benefits if the application for the benefits is not made within 12 months after the death of the survivor. A class action was commenced by same-sex survivors (“Hislop class”), challenging the constitutionality of the four sections. The Ontario Superior Court of Justice held that ss. 44(1.1) and 72(2) violated s. 15(1) and were not justified under s. 1 of the *Charter*. Same-sex survivors were granted a constitutional exemption from ss. 60(2) and 72(1). Survivors were entitled to benefits retroactive to the later of the date of death of their partner and April 17, 1985, with interest. The Court of Appeal affirmed the finding that ss. 44(1.1) and 72(2) were unconstitutional, but held that ss. 60(2) and 72(1) did not infringe s. 15(1). Sections 44(1.1) and 72(2) were struck down, leaving a same-sex surviving spouse entitled to survivor benefits subject only to the 12-month cap on arrears and the limitation on estate claims (as were all benefits claimants).

Held: The appeal and cross-appeal should be dismissed.

Droit constitutionnel — Réparation — Réparation rétroactive — Circonstances dans lesquelles le tribunal peut limiter la portée rétroactive de la réparation — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

En 2000, dans la foulée de l’arrêt *M. c. H.* rendu par notre Cour en 1999, le gouvernement fédéral a modifié le *Régime de pensions du Canada* (« *RPC* ») pour que le conjoint de même sexe soit admissible à la pension de survivant, rendant la définition de « conjoint » conforme aux droits à l’égalité garantis au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ajoutant de nouvelles dispositions. Or, suivant le par. 44(1.1) du *RPC*, seule était admissible la personne dont le « conjoint » cotisant de même sexe était décédé le 1^{er} janvier 1998 ou par la suite. La prestation n’était rétroactive ni à compter du 17 avril 1985 — date de l’entrée en vigueur du par. 15(1) — ni à compter du décès survenu ultérieurement. Le paragraphe 72(2) du *RPC* excluait le versement de la prestation au conjoint survivant de même sexe pour tout mois antérieur à son entrée en vigueur en juillet 2000. L’effet de cette disposition a cessé en juin 2001, les survivants de même sexe et ceux de sexe différent bénéficiant dès lors de l’application de la règle générale, prévue au par. 72(1), limitant à 12 mois avant le mois de la réception de la demande la période pour laquelle une prestation peut être versée rétroactivement. Enfin, le par. 60(2) du *RPC*, une disposition générale non touchée par les modifications de 2000, limite le droit de la succession d’un survivant d’obtenir des prestations si la demande n’est pas présentée dans les 12 mois du décès. Des conjoints survivants de même sexe (le « groupe Hislop ») ont intenté un recours collectif pour contester la constitutionnalité des quatre dispositions. La Cour supérieure de justice de l’Ontario a statué que les par. 44(1.1) et 72(2) portaient atteinte au par. 15(1) et n’étaient pas justifiés au regard de l’article premier de la *Charte*. Elle a fait bénéficier les conjoints survivants de même sexe d’une exemption constitutionnelle les soustrayant à l’application des par. 60(2) et 72(1). Ils avaient droit à des prestations rétroactives à compter du 17 avril 1985 ou du décès survenu ultérieurement, majorées de l’intérêt couru. La Cour d’appel a confirmé l’inconstitutionnalité des par. 44(1.1) et 72(2), mais elle a estimé que les par. 60(2) et 72(1) ne violaient pas le par. 15(1). Les paragraphes 44(1.1) et 72(2) ont été invalidés, le droit du conjoint de même sexe à la pension de survivant (comme celui du conjoint de sexe différent) n’étant alors limité que par le plafond de 12 mois prévu pour le versement de prestations rétroactives et par le délai imparti à la succession pour présenter une demande.

Arrêt : Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ.: Essential to the question of differential treatment in the s. 15(1) analysis is the choice of comparator group. Under s. 44(1.1), the appropriate comparison is between same-sex and opposite-sex survivors whose partners died before January 1, 1998; under s. 72(2), it is between same-sex and opposite-sex survivors who applied for survivor's pensions between July 2000 and June 2001. To frame, as suggested by the government, the comparator group in terms of the express distinction made in ss. 44(1.1) and 72(2) between two groups of survivors of same-sex relationships, based on the date on which the relationship ended as a result of the death of one of the partners, would be to miss the fundamental reason for the 2000 *CPP* amendments — namely, to remedy unequal treatment between same-sex and opposite-sex couples. Here, the Court of Appeal was right to conclude that ss. 44(1.1) and 72(2) infringe s. 15(1) of the *Charter*. Both provisions treat same-sex survivors differently from their comparator group; sexual orientation is recognized as an analogous ground of discrimination under s. 15(1), and the differential treatment discriminated in a substantive sense. [24] [37-38] [60]

Section 44(1.1) is not saved under s. 1 of the *Charter*. In an appropriate case, the matching of benefits conferred under the *CPP* with obligations imposed on same-sex partners under other legislation may be a pressing and substantial objective of limits on the extension of social benefit legislation as there are complex relationships between income tax credits, pensions, supplements and other entitlements, often based on conjugal relationships. It is not enough, however, to only make general reference to these relationships. There must be an explanation supported by relevant evidence as to what those relationships are, why they are relevant and why they justify the limit on the *Charter* right that has been found to be violated. In the absence of such evidence in this case, matching cannot be considered to be a pressing and substantial objective of s. 44(1.1). The absence of evidence also precludes a finding of rational connection between s. 44(1.1) and its objective and of minimal impairment of a *Charter* right. [47] [52-54]

Likewise, the government has failed to establish a s. 1 justification for s. 72(2). Where the issue is solely whether *Charter* relief claimants should be entitled to the same retroactive benefits expressly available to their comparator group, absent cost considerations, it is difficult to see how denial of these benefits has a pressing and substantial objective. Here, there is an absence of

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein : La différence de traitement exige, pour les besoins de l'analyse fondée sur le par. 15(1), le choix d'un groupe de comparaison. En ce qui concerne le par. 44(1.1), il convient de comparer les survivants de même sexe et ceux de sexe différent dont le conjoint est décédé avant le 1^{er} janvier 1998, alors que pour le par. 72(2), la comparaison doit se faire entre les conjoints de même sexe et ceux de sexe différent qui ont présenté une demande de pension de survivant entre juillet 2000 et juin 2001. Faire droit à la prétention du gouvernement selon laquelle le groupe de comparaison doit être défini en fonction de la distinction expressément établie aux par. 44(1.1) ou 72(2) entre deux groupes de conjoints survivants de même sexe selon la date à laquelle le décès a mis fin à la relation ferait abstraction de la raison d'être fondamentale des modifications apportées au *RPC* en 2000, soit supprimer la différence de traitement entre conjoints de même sexe et conjoints de sexes différents. En l'espèce, la Cour d'appel a eu raison de conclure que les par. 44(1.1) et 72(2) violent le par. 15(1) de la *Charte*. Les deux dispositions traitent les conjoints survivants de même sexe différemment des membres du groupe de comparaison; l'orientation sexuelle est un motif de discrimination analogue à ceux énumérés au par. 15(1) et la différence de traitement est réellement discriminatoire. [24] [37-38] [60]

Le paragraphe 44(1.1) n'est pas sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. Dans certains cas, la correspondance entre le droit aux prestations du *RPC* et les obligations imposées par d'autres lois aux conjoints de même sexe peut constituer un objectif urgent et réel de la limitation de l'admissibilité à des prestations sociales étant donné qu'une relation conjugale tisse souvent des liens complexes entre crédits d'impôt, pensions, prestations supplémentaires et autres droits. Il ne suffit toutefois pas d'invoquer ces liens de façon générale. Il faut, preuve à l'appui, préciser leur nature et leur pertinence et indiquer en quoi ils justifient la restriction du droit garanti par la *Charte* auquel il a été porté atteinte. Faute d'une telle preuve en l'espèce, la correspondance ne peut constituer un objectif urgent et réel du par. 44(1.1). L'absence de preuve empêche également de conclure qu'il existe un lien rationnel entre le par. 44(1.1) et son objectif et que cette disposition porte atteinte le moins possible à un droit garanti par la *Charte*. [47] [52-54]

Le gouvernement n'a pas non plus établi la justification du par. 72(2) au regard de l'article premier. Lorsqu'il s'agit uniquement de déterminer si ceux qui demandent réparation sur le fondement de la *Charte* devraient avoir droit aux prestations rétroactives expressément accordées au groupe de comparaison, indépendamment de toute considération liée au coût, il est difficile de voir

evidence of cost justifying the provision. In the circumstances, there is no rational connection between s. 72(2) and its objective, nor does s. 72(2) minimally impair the *Charter* rights of the Hislop class. [65-66]

With respect to s. 60(2) of the *CPP*, the estates of those survivors who died more than 12 months before the coming into force of the 2000 amendments do not have standing to claim a s. 15(1) *Charter* right on behalf of the deceased survivor. The use of the term “individual” in s. 15(1) was intentional and indicates that s. 15(1) applies to natural persons only. In the context in which the claim is made here, an estate is just a collection of assets and liabilities of a person who has died. It is not an individual and it has no dignity that may be infringed. Mr. Hislop’s situation, however, is different. Although he died between the time his notice of appeal was filed in this Court and the hearing of this appeal, he obtained judgment while he was still alive. When a judgment is obtained, the cause of action upon which the judgment is based is merged in the judgment. Therefore, where a party dies pending appeal, the appeal survives even if the original cause of action would not. Although s. 15(1) rights are personal, the constitutional issues raised here are issues of public importance. Given the public interest in ensuring that questions of law related to such rights be correctly decided, an appeal from a judgment raising such issues must be allowed to survive the party’s death pending the appeal. Moreover, it is a long-standing principle of law that a litigant should not be prejudiced by an act of the court. Accordingly, the estate of any class member who was alive on the date that argument concluded in the Superior Court of Justice and who otherwise met the requirements under the *CPP* is entitled to the benefit of this judgment. [71-77]

Although the Hislop class frames its s. 72(1) argument as an adverse effect discrimination claim, what it is seeking is a retroactive *Charter* relief. Since such a relief is unavailable in this case, it is not necessary to undertake a s. 15(1) analysis in respect of s. 72(1). Because courts are adjudicative bodies that, in the usual course of things, are called upon to decide the legal consequences of past happenings, they generally grant remedies that are retroactive to the extent necessary to ensure that successful litigants will have the benefit of the ruling. However, where the law changes through judicial intervention, it may be appropriate for a court to limit the retroactive effect of its judgment. While a substantial change in the law is necessary, it

un objectif urgent et réel dans le refus de telles prestations. En l’espèce, aucun élément de preuve lié au coût ne tend à justifier la disposition. Par conséquent, il n’y a pas de lien rationnel entre le par. 72(2) et son objectif et la disposition ne porte pas atteinte le moins possible aux droits que garantit la *Charte* aux membres du groupe Hislop. [65-66]

En ce qui concerne le par. 60(2) du *RPC*, la succession du conjoint survivant décédé plus de 12 mois avant l’entrée en vigueur des modifications de 2000 n’a pas qualité pour faire valoir au nom du défunt un droit garanti au par. 15(1) de la *Charte*. L’emploi du mot « *individual* » dans la version anglaise du par. 15(1) est intentionnel et indique que cette disposition ne s’applique qu’aux personnes physiques. Dans le contexte de la demande formulée en l’espèce, la succession n’est que l’ensemble des éléments d’actif et de passif du défunt. Ce n’est pas une personne physique et sa dignité ne peut faire l’objet d’une atteinte. Or, la situation de M. Hislop est différente. Bien que son décès soit survenu entre le dépôt de l’avis d’appel devant notre Cour et l’audition du pourvoi, il a obtenu jugement de son vivant. Lorsqu’un jugement a été rendu, le droit d’action sur lequel il repose se confond avec lui. Ainsi, lorsqu’une partie décède, l’appel en instance suit son cours même si le droit d’action initial s’éteint. Les droits garantis au par. 15(1) sont personnels, mais les questions constitutionnelles soulevées en l’espèce sont d’intérêt public. Comme il est dans l’intérêt général de statuer correctement sur les questions juridiques touchant à ces droits, il faut que l’appel d’un jugement soulevant de telles questions puisse suivre son cours malgré le décès de la partie pendant l’instance. De plus, il est bien établi en droit que nulle mesure judiciaire ne doit porter préjudice à une partie au litige. Par conséquent, la succession de tout membre du groupe qui était vivant le jour où les plaidoiries ont pris fin en Cour supérieure de justice et qui satisfaisait par ailleurs aux exigences du *RPC* peut bénéficier du jugement. [71-77]

Bien que le groupe Hislop conteste le par. 72(1) en faisant valoir qu’il a un effet préjudiciable discriminatoire, l’objet de sa demande est une réparation rétroactive fondée sur la *Charte*. Pareille réparation ne pouvant être accordée en l’espèce, il n’est pas nécessaire d’analyser le par. 72(1) à la lumière du par. 15(1). S’agissant d’un organisme juridictionnel normalement appelé à déterminer les effets juridiques d’événements antérieurs, le tribunal octroie généralement une réparation qui rétroagit de façon que la partie victorieuse bénéficie de la décision. Toutefois, lorsqu’une cour de justice modifie le droit, il peut être opportun de limiter l’effet rétroactif de sa décision. Une modification fondamentale du droit est nécessaire mais ne suffit

is not sufficient to justify purely prospective remedies. Once the “substantial change” threshold is met, factors such as good faith reliance by governments, fairness to the litigants and the need to respect the constitutional role of legislatures must be considered to determine whether it is appropriate to limit the retroactive effect of the remedy. Here, the *M. v. H.* decision marked a departure from pre-existing jurisprudence on same-sex equality rights, and all the other relevant factors also weigh in favour of limiting retroactive relief. First, given the state of the jurisprudence prior to *M. v. H.*, the exclusion of same-sex partners from the former *CPP* was based on a reasonable understanding of the state of s. 15(1) jurisprudence as it existed at the relevant time. Second, the government did not act in bad faith in failing to extend survivors’ benefits to same-sex couples prior to *M. v. H.* Third, in seeking payment of arrears back as far as 1985, the Hislop class effectively overlooks the evolution in the jurisprudence of same-sex equality rights. Its claim for a retroactive remedy is tantamount to a claim for compensatory damages flowing from the underinclusiveness of the former *CPP*. Imposing that sort of liability on the government, absent bad faith, unreasonable reliance or conduct that is clearly wrong, would undermine the important balance between the protection of constitutional rights and the need for effective government that is struck by the general rule of qualified immunity. [69] [86] [99-100] [107-117]

With respect to ss. 44(1.1) and 72(2), the appropriate remedy under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* is to strike down both provisions. Here, the extent of the inconsistency with the equality guarantee is co-extensive with the scope of these two provisions. As such, the inconsistency can be cured without distorting or interfering with the rest of the legislative scheme. A declaration that ss. 44(1.1) and 72(2) are of no force and effect is in keeping with the scheme and obvious purpose of the 2000 amendments to extend the survivors’ benefit to same-sex survivors. Finally, a temporary suspension of the declaration of invalidity is not appropriate in the present case. Suspensions should only be used where striking down the legislation without enacting something in its place would pose a danger to the public, threaten the rule of law or where it would result in the deprivation of benefits from deserving persons without benefiting the rights claimant. None of these factors are present here. As a result, a class member who was precluded by s. 44(1.1) or s. 72(2) from receiving the survivor’s benefit and who otherwise meets the

pas pour écarter la rétroactivité de la réparation. Une fois remplie la condition première — la « modification fondamentale » de la règle de droit —, des éléments comme l’interprétation de bonne foi par le gouvernement, l’équité envers les parties et le respect du pouvoir constitutionnel des législatures doivent être pris en compte pour déterminer s’il convient de limiter la portée rétroactive de la réparation. Dans la présente affaire, l’arrêt *M. c. H.* a rompu avec l’interprétation antérieure des droits à l’égalité du conjoint de même sexe et tous les autres éléments en cause font également pencher la balance en faveur d’une réparation dont la portée rétroactive est restreinte. Premièrement, vu l’état de la jurisprudence avant l’arrêt *M. c. H.*, l’inadmissibilité du conjoint de même sexe aux prestations prévues par l’ancien *RPC* s’appuyait sur une compréhension raisonnable de la jurisprudence relative au par. 15(1) au moment considéré. Deuxièmement, le gouvernement n’a pas fait preuve de mauvaise foi en refusant la prestation de survivant aux conjoints de même sexe avant l’arrêt *M. c. H.* Troisièmement, en demandant que l’exigibilité des prestations remonte jusqu’en 1985, le groupe Hislop fait abstraction de l’évolution de la jurisprudence sur les droits à l’égalité du conjoint de même sexe. Sa demande d’une réparation rétroactive équivaut à la demande d’une indemnité pour la portée trop limitative de l’ancien *RPC*. À défaut de mauvaise foi, d’interprétation déraisonnable ou de comportement clairement fautif, imputer une telle responsabilité au gouvernement mettrait en péril l’équilibre important entre la protection des droits constitutionnels et l’efficacité gouvernementale établi par la règle générale de l’immunité restreinte. [69] [86] [99-100] [107-117]

En ce qui a trait aux par. 44(1.1) et 72(2), il convient de les invalider tous deux sur le fondement de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En l’espèce, l’étendue de l’incompatibilité avec la garantie d’égalité correspond au texte des deux dispositions. Il est donc possible de remédier à l’incompatibilité sans dénaturer les autres dispositions de la loi ou nuire à leur application. Déclarer inopérants les par. 44(1.1) et 72(2) cadre avec l’esprit du régime et l’objectif manifeste des modifications de 2000, à savoir rendre le conjoint survivant de même sexe admissible à la pension de survivant. Enfin, il n’y a pas lieu de suspendre temporairement la déclaration d’invalidité. La suspension ne doit intervenir que lorsque, sans l’adoption de nouvelles dispositions, l’invalidation poserait un danger pour le public, menacerait la primauté du droit ou priverait de prestations des personnes admissibles sans profiter à la personne dont les droits ont été violés. Aucune de ces considérations ne vaut en l’espèce. Un membre du groupe que les par. 44(1.1) ou 72(2) ont empêché de toucher la pension de survivant et qui satisfait par

eligibility requirements, will be entitled to payment of that benefit. The relevant date for the purpose of that payment is the date on which application was received or where no application was made because of the unconstitutional provisions, the date on which the statement of claim was filed. In no event are benefits payable in respect of a month prior to August 1999, which is the earliest month in respect of which a class member who applied for the survivor's benefit on the day the 2000 amendments came into force could have been eligible. [121] [134]

Lastly, pre-judgment interest is available in the instant case. The *CPP* is silent on the issue of pre-judgment interest and cannot, as such, reasonably be interpreted as creating an exception to the entitlement created by s. 31 of the *Crown Liability and Proceedings Act*. [135]

Per Bastarache J.: Retroactivity of a constitutional remedy granted under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* is generally the norm in our constitutional jurisprudence, and a decision to deny such remedy — and the Hislop class's challenge to s. 72(1) of the *CPP* in this case — should be based on the balancing of interests that must take place in any claim for relief from an unconstitutional law. Reliance on the existence of a substantial change of law is not an appropriate consideration in the context of *Charter* rights. Such an approach implies that these rights depend on judicial recognition of a new or newly recognized social environment for their genesis. By attaching importance to changing social conditions, it makes *Charter* rights dependent on how the majority of Canadians perceive the claimants' rights. Society's views of *Charter* claimants — especially in the context of vulnerable minorities — should not be a factor for determining whether a *Charter* right was part of the Constitution in 1985, or whether it sprung into existence later and thereby be a basis for denying retroactive relief. Our Constitution may change to correspond to new realities, but that does not mean that every time a new constitutional interpretation is adopted or a previous decision is overturned that the fundamental rights and freedoms guaranteed in our *Charter* have changed or that new ones have been created. There is a difference between changes in constitutional interpretation and actual constitutional change. Even if the existence of a substantial change in the law was an appropriate threshold criterion, no such change actually occurred in this case. A review of the case law after 1985 suggests that this Court did not upset established law when it handed down its decision in *M. v. H.* [137] [140] [143-147] [157]

ailleurs aux critères d'admissibilité aura donc droit à la pension. La date pertinente pour les besoins du versement est celle de la réception de la demande ou, lorsque aucune demande de pension n'a été présentée à cause des dispositions inconstitutionnelles, celle du dépôt de la demande en justice. Aucune prestation n'est payable pour un mois antérieur à août 1999, qui marque le début de la période pour laquelle un membre du groupe ayant demandé des prestations de survivant le jour de l'entrée en vigueur des modifications de 2000 aurait pu y avoir droit. [121] [134]

Enfin, de l'intérêt avant jugement peut être accordé en l'espèce. Le *RPC* ne prévoit rien à ce sujet, de sorte que l'on ne saurait raisonnablement considérer qu'il crée une exception au droit conféré à l'art. 31 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*. [135]

Le juge Bastarache : La rétroactivité de la réparation fondée sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est généralement la norme dans notre jurisprudence constitutionnelle et la décision de l'écartier et de rejeter la contestation du par. 72(1) du *RPC* par le groupe Hislop devrait reposer uniquement sur la mise en balance des intérêts en cause par tout tribunal saisi d'une demande de réparation fondée sur l'inconstitutionnalité d'une loi. La modification fondamentale du droit n'est pas une considération pertinente dans le contexte des droits garantis par la *Charte*. Le raisonnement qu'elle sous-tend implique que ces droits dépendent de la reconnaissance judiciaire d'un contexte social nouveau ou dont l'existence a été établie récemment. En attachant de l'importance à l'évolution du contexte social, il fait dépendre les droits constitutionnels de quiconque de la perception qu'en a la majorité des Canadiens. Le sentiment de la société à l'égard de ceux qui invoquent la *Charte* — en particulier les membres de minorités vulnérables — ne devrait pas être pris en compte pour décider si un droit garanti par la *Charte* faisait partie de la Constitution en 1985 ou s'il a vu le jour ultérieurement, ce qui exclurait une réparation rétroactive. Notre Constitution peut s'adapter aux nouvelles réalités, mais toute interprétation nouvelle de la Constitution ou infirmation d'une décision antérieure ne modifie pas les droits et libertés fondamentaux garantis par la *Charte* ni n'en crée de nouveaux. Interpréter la Constitution différemment n'équivaut pas à la modifier. Même si l'existence d'une modification fondamentale du droit était une condition première valable, une telle modification n'a pas eu lieu en l'espèce. Il appert de la jurisprudence postérieure à 1985 que dans l'arrêt *M. c. H.*, notre Cour n'a pas modifié une règle de droit établie. [137] [140] [143-147] [157]

The normal retroactive effect of judgments, however, may need to be tempered in certain circumstances in order to protect other legitimate interests. Reasonable reliance, good faith, fairness to litigants and Parliament's role are important considerations to be taken into account in deciding whether a retroactive constitutional remedy should be denied. Different considerations apply when deciding whether a suspended declaration of invalidity should be granted. A suspended declaration is a valid measure when a declaration of invalidity would pose a danger to the public, threaten the rule of law or deprive deserving persons of benefits without thereby benefiting the individual whose rights had been violated. A suspended declaration of invalidity is ultimately only a temporary limit on retroactivity; it does not determine whether governments are entitled to deny retroactive relief. It will not always be necessary to establish reasonable reliance in order to deny retroactive relief. In this case, given the state of the law pre-*M. v. H.*, it would be more accurate to emphasize the fact that the government was acting in good faith in the face of jurisprudential uncertainty. Finally, the nature of the constitutional violation is not relevant to deciding whether to deny a retroactive remedy. Subject to these clarifications, there is general agreement with how the majority has applied the other factors to this case. [159-164]

Cases Cited

By LeBel and Rothstein JJ.

Distinguished: *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, [2007] 1 S.C.R. 3, 2007 SCC 1; **considered:** *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; **referred to:** *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Stinson Estate v. British Columbia* (1999), 70 B.C.L.R. (3d) 233, 1999 BCCA 761; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Lew v. Lee*, [1924] S.C.R. 612, aff'd [1925] A.C. 819; *Reid v. Batty*, [1933] O.W.N. 496, aff'd [1933] O.W.N. 817; *Turner v. London and South-Western Railway Co.* (1874), L.R. 17 Eq. 561; *Gunn v. Harper* (1902), 3 O.L.R. 693; *Hubert v. DeCamillis* (1963), 41 D.L.R. (2d) 495; *Monahan v. Nelson* (2000), 186 D.L.R. (4th) 193, 2000 BCCA 297; *In re Spectrum Plus Ltd. (in liquidation)*, [2005] 2 A.C. 680, [2005] UKHL 41; *Reference re Remuneration of Judges of the*

*Il arrive cependant qu'il soit nécessaire de tempérer l'effet rétroactif d'un jugement pour protéger d'autres intérêts légitimes. L'interprétation raisonnable, la bonne foi, l'équité envers les parties et le rôle du législateur sont des éléments importants dont il faut tenir compte pour refuser ou non une réparation constitutionnelle rétroactive. Des considérations différentes s'appliquent pour décider s'il y a lieu ou non de suspendre la déclaration d'invalidité. La suspension est justifiée lorsqu'une déclaration d'invalidité poserait un danger pour le public, menacerait la primauté du droit ou priverait de bénéfices les personnes admissibles sans profiter à la personne dont les droits ont été violés. En fin de compte, la suspension de la déclaration d'invalidité ne fait que limiter temporairement l'effet rétroactif. Elle n'est pas déterminante quant à savoir si le gouvernement peut écarter la rétroactivité de la réparation. La preuve d'une interprétation raisonnable n'est pas toujours nécessaire pour justifier le refus d'une réparation rétroactive. Dans la présente affaire, vu l'état du droit avant l'arrêt *M. c. H.*, il serait plus juste d'insister sur le fait que le gouvernement a agi de bonne foi dans un contexte jurisprudentiel incertain. Enfin, la nature de l'atteinte à la Constitution n'importe pas dans la décision de faire rétroagir ou non la réparation. Sous réserve de ces précisions, il y a généralement accord quant à l'application des autres éléments aux faits de l'espèce. [159-164]*

Jurisprudence

Citée par les juges LeBel et Rothstein

Distinction d'avec l'arrêt : *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, [2007] 1 R.C.S. 3, 2007 CSC 1; **arrêts examinés :** *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; **arrêts mentionnés :** *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Stinson Estate c. British Columbia* (1999), 70 B.C.L.R. (3d) 233, 1999 BCCA 761; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Lew c. Lee*, [1924] R.C.S. 612, conf. par [1925] A.C. 819; *Reid c. Batty*, [1933] O.W.N. 496, conf. par [1933] O.W.N. 817; *Turner c. London and South-Western Railway Co.* (1874), L.R. 17 Eq. 561; *Gunn c. Harper* (1902), 3 O.L.R. 693; *Hubert c. DeCamillis* (1963), 41 D.L.R. (2d) 495; *Monahan c. Nelson* (2000), 186 D.L.R. (4th) 193, 2000 BCCA 297; *In re Spectrum Plus Ltd. (in liquidation)*, [2005] 2 A.C. 680, [2005] UKHL 41; *Renvoi*

Provincial Court of Prince Edward Island, [1998] 1 S.C.R. 3; *R. v. Demers*, [2004] 2 S.C.R. 489, 2004 SCC 46; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *United States v. Johnson*, 457 U.S. 537 (1982); *Chevron Oil Co. v. Huson*, 404 U.S. 97 (1971); *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13; *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22.

By Bastarache J.

Referred to: *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *Jim Pattison Industries Ltd. v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 954; *Davidson v. Davidson* (1986), 33 D.L.R. (4th) 161, leave to appeal refused, [1987] 1 S.C.R. vii; *Rath v. Kemp* (1996), 46 Alta. L.R. (3d) 1; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906; *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, aff'g (1996), 96 O.A.C. 173; *Andrews v. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258; *Vogel v. Manitoba* (1992), 90 D.L.R. (4th) 84, rev'd (1995), 126 D.L.R. (4th) 72; *Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service)*, [1990] 1 F.C. 321; *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Kane v. Ontario (Attorney General)* (1997), 152 D.L.R. (4th) 738; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Rosenberg v. Canada (Attorney General)* (1998), 38 O.R. (3d) 577; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, [2007] 1 S.C.R. 3, 2007 SCC 1.

Statutes and Regulations Cited

Amendments Because of the Supreme Court of Canada Decision in M. v. H. Act, 1999, S.O. 1999, c. 6, s. 68(2).

Canada Pension Plan, R.S.C. 1985, c. C-8, ss. 2(1) "common-law partner" [ad. 2000, c. 12, s. 42(2)], "spouse" [ad. c. 30 (2nd Supp.), s. 1(3); rep. 2000,

relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, [1998] 1 R.C.S. 3; *R. c. Demers*, [2004] 2 R.C.S. 489, 2004 CSC 46; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *United States c. Johnson*, 457 U.S. 537 (1982); *Chevron Oil c. Huson*, 404 U.S. 97 (1971); *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13; *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22.

Citée par le juge Bastarache

Arrêts mentionnés : *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *Jim Pattison Industries Ltd. c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 954; *Davidson c. Davidson* (1986), 33 D.L.R. (4th) 161, autorisation d'appel refusée, [1987] 1 R.C.S. vii; *Rath c. Kemp* (1996), 46 Alta. L.R. (3d) 1; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, conf. (1996), 96 O.A.C. 173; *Andrews c. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258; *Vogel c. Manitoba* (1992), 90 D.L.R. (4th) 84, inf. par (1995), 126 D.L.R. (4th) 72; *Veysey c. Canada (Commissaire du Service correctionnel)*, [1990] 1 C.F. 321; *Knodel c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Kane c. Ontario (Attorney General)* (1997), 152 D.L.R. (4th) 738; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Rosenberg c. Canada (Attorney General)* (1998), 38 O.R. (3d) 577; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, [2007] 1 R.C.S. 3, 2007 CSC 1.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1), 24(1).

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Loi de 1999 modifiant des lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H., L.O. 1999, ch. 6, art. 68(2).

c. 12, s. 42(1)], 42(1) “survivor” [ad. 2000, c. 12, s. 44(3)], 44(1)(d) [repl. *idem*, s. 45(1)], 44(1.1) [ad. *idem*, s. 45(2)], 60(2), 72 [am. *idem*, s. 54].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1), 24(1).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 31.
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.).
Modernization of Benefits and Obligations Act, S.C. 2000, c. 12, ss. 42, 45(2).

Authors Cited

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1765.
 Canada. Parliament. Special Joint Committee on the Constitution of Canada. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada* (1980-81), Issue No. 43, January 22, 1981, pp. 43:39-43:44; Issue No. 44, January 23, 1981, pp. 44:6-44:10; Issue No. 47, January 28, 1981, p. 47:88; Issue No. 48, January 29, 1981, pp. 48:4-48:49.
 Choudhry, Sujit, and Kent Roach. “Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies” (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Driedger, Elmer A. “Statutes: Retroactive Retrospective Reflections” (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 264.
 Fisch, Jill E. “Retroactivity and Legal Change: An Equilibrium Approach” (1997), 110 *Harv. L. Rev.* 1055.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2005, release 1).
 Lord Reid. “The Judge as Law Maker” (1972-1973), 12 *J.S.P.T.L.* 22.
 Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated 2006, release 13).
 Sampford, Charles. *Retrospectivity and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Charron, Feldman and Lang J.J.A.) (2004), 73 O.R. (3d) 641, 246 D.L.R. (4th) 644, 192 O.A.C. 331, 124 C.R.R. (2d) 1, 12 R.F.L. (6th) 71, [2004] O.J. No. 4815 (QL), setting aside in part a decision of Macdonald J.

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.).
Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations, L.C. 2000, ch. 12, art. 42, 45(2).
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 31.
Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-8, art. 2(1) « conjoint » [aj. ch. 30 (2^e suppl.), art. 1(3); abr. & rempl. ch. 1 (4^e suppl.), art. 45, ann. III, n^o 4; abr. 2000, ch. 12, art. 42(1)], “conjoint de fait” [aj. 2000, ch. 12, art. 42(2)], 42(1) “survivant” [aj. 2000, ch. 12, art. 44(3)], 44(1)(d) [repl. *idem*, art. 45(1)], 44(1.1) [aj. *idem*, art. 45(2)], 60(2), 72 [mod. *idem*, art. 54].

Doctrine citée

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1. Oxford : Clarendon Press, 1765.
 Canada. Parlement. Comité mixte spécial sur la Constitution du Canada. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada* (1980-1981), fascicule n^o 43, le 22 janvier 1981, p. 43:39-43:44; fascicule n^o 44, le 23 janvier 1981, p. 44:6-44:10; fascicule n^o 47, le 28 janvier 1981, p. 47:88; fascicule n^o 48, le 29 janvier 1981, p. 48:4-48:49.
 Choudhry, Sujit, and Kent Roach. « Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies » (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
 Driedger, Elmer A. « Statutes : Retroactive Retrospective Reflections » (1978), 56 *R. du B. can.* 264.
 Fisch, Jill E. « Retroactivity and Legal Change : An Equilibrium Approach » (1997), 110 *Harv. L. Rev.* 1055.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (updated 2005, release 1).
 Lord Reid. « The Judge as Law Maker » (1972-1973), 12 *J.S.P.T.L.* 22.
 Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated 2006, release 13).
 Sampford, Charles. *Retrospectivity and the Rule of Law*. Oxford : Oxford University Press, 2006.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Charron, Feldman et Lang) (2004), 73 O.R. (3d) 685, 246 D.L.R. (4th) 644, 192 O.A.C. 331, 124 C.R.R. (2d) 1, 12 R.F.L. (6th) 71, [2004] O.J. No. 4815 (QL), qui a infirmé en partie une décision de

(2003), 234 D.L.R. (4th) 465, 114 C.R.R. (2d) 303, 50 R.F.L. (5th) 26, [2003] O.J. No. 5212 (QL). Appeal and cross-appeal dismissed.

Roslyn J. Levine, Q.C., and *Paul Vickery*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

J. J. Camp, Q.C., *R. Douglas Elliott*, *Sharon D. Matthews*, *Patricia A. LeFebour*, *R. Trent Morris* and *Sean M. Grayson*, for the respondents/appellants on cross-appeal.

Daniel Guttman and *Janet E. Minor*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Hugo Jean, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Nick Parker, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Written submissions only by *Cynthia Petersen* for the intervener Egale Canada Inc.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ. was delivered by

LEBEL AND ROTHSTEIN JJ. —

I. Introduction

¹ This is an appeal by the Attorney General of Canada (“government”) from a decision of the Ontario Court of Appeal upholding in part the decision of the Ontario Superior Court of Justice and a cross-appeal by the respondents (“Hislop class”). The government appeals the finding of unconstitutionality of ss. 44(1.1) and 72(2) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8 (“CPP”), as enacted by the *Modernization of Benefits and Obligations Act*, S.C. 2000, c. 12 (“MBOA”). The Hislop class cross-appeals the finding of constitutionality of ss. 72(1) and 60(2) of the CPP and the denial of a remedy with respect thereto. We propose to dismiss both the appeal and the cross-appeal.

la juge Macdonald (2003), 234 D.L.R. (4th) 465, 114 C.R.R. (2d) 303, 50 R.F.L. (5th) 26, [2003] O.J. No. 5212 (QL). Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Roslyn J. Levine, c.r., et *Paul Vickery*, pour l’appelant/intimé au pourvoi incident.

J. J. Camp, c.r., *R. Douglas Elliott*, *Sharon D. Matthews*, *Patricia A. LeFebour*, *R. Trent Morris* et *Sean M. Grayson*, pour les intimés/appelants au pourvoi incident.

Daniel Guttman et *Janet E. Minor*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Hugo Jean, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

Nick Parker, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Cynthia Petersen* pour l’intervenante Egale Canada Inc.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein rendu par

LES JUGES LEBEL ET ROTHSTEIN —

I. Introduction

La Cour est saisie du pourvoi du procureur général du Canada (le « gouvernement ») contre l’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario qui a confirmé en partie la décision de la Cour supérieure de justice de cette province, ainsi que du pourvoi incident de l’intimé (le « groupe Hislop »). Le gouvernement conteste la déclaration d’inconstitutionnalité visant les par. 44(1.1) et 72(2) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8 (« RPC »), édictés par la *Loi sur la modernisation de certains régimes d’avantages et d’obligations*, L.C. 2000, ch. 12 (« LMRAO »). Le groupe Hislop attaque la conclusion de constitutionnalité des par. 72(1) et 60(2) du RPC et le refus d’une réparation à leur égard. Nous sommes d’avis de rejeter les deux pourvois.

II. Overview

Under the *CPP*, the spouse of a contributor was entitled to apply for a survivor's pension after the death of the contributor. If the survivor's pension was approved, it would be payable for each month following the death of the contributor.

However, if the application of the survivor was not received by the government within 12 months of the death of the contributor, the arrears that could be claimed by the survivor were limited to a 12-month period preceding the receipt of the application. For example, if the contributor died in January 1995, and the survivor's application was not received by the government until March 1998, the maximum monthly pension arrears that could be claimed would be for 12 months preceding March 1998.

Until July 2000, for purposes of entitlement to a survivor's pension under the *CPP*, the survivor had to have been married to the contributor or had to be a person of the opposite sex who was cohabiting with the contributor in a conjugal relationship at the time of the contributor's death. Same-sex conjugal relationships were not recognized and the survivor of a same-sex conjugal relationship was not eligible to receive a survivorship pension under the *CPP*.

In *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, this Court struck down the opposite-sex definition of spouse in the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, as contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The declaration of invalidity was suspended for six months to give the Ontario government time to review the legislation. As a consequence of *M. v. H.*, the federal government and the governments of other provinces also amended a number of their statutes to address the constitutional deficiency. The federal government enacted the *MBOA*, which amended 68 pieces of legislation. This appeal involves a constitutional challenge to remedial amendments made to the *CPP* by the *MBOA* to recognize same-sex conjugal relationships for the purpose of entitlement to survivor's pensions under the *CPP*.

II. Survol

Suivant le *RPC*, le conjoint d'un cotisant décédé pouvait demander une pension à titre de survivant. Si sa demande était approuvée, il touchait une prestation mensuelle.

Toutefois, si le gouvernement ne recevait pas la demande dans les 12 mois du décès, le conjoint survivant ne pouvait obtenir une pension rétroactive que pour les 12 mois antérieurs à la réception de la demande. Par exemple, si le cotisant était décédé en janvier 1995 et que le gouvernement n'avait reçu la demande du conjoint survivant qu'en mars 1998, une prestation mensuelle n'était exigible que pour les 12 mois ayant précédé mars 1998.

Avant juillet 2000, pour avoir droit à la pension prévue par le *RPC*, il fallait que le conjoint survivant ait été marié au cotisant ou soit de sexe opposé et ait cohabité avec lui dans une relation matrimoniale au moment du décès. L'union de fait de personnes du même sexe n'était pas reconnue, et le membre survivant d'une telle union n'était pas admissible à la pension.

Dans l'arrêt *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, notre Cour a jugé contraire au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* la définition de conjoint figurant dans la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, qui supposait une relation entre personnes de sexes différents. Elle a suspendu la déclaration d'invalidité pendant six mois pour permettre au gouvernement de l'Ontario de réviser ses lois. Par suite de cet arrêt, le gouvernement fédéral et les gouvernements des autres provinces ont eux aussi modifié certaines de leurs lois pour résoudre ce problème constitutionnel. Le gouvernement fédéral a ainsi adopté la *LMRAO*, qui modifiait 68 textes législatifs. Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité des modifications alors apportées au *RPC* pour reconnaître l'union de personnes du même sexe aux fins de l'admissibilité à la pension de survivant du *RPC*.

2

3

4

5

6 The Hislop class commenced a class action claiming that the *MBOA*'s remedial amendments to the *CPP* were contrary to s. 15(1) of the *Charter* as being underinclusive. There are four issues to consider. First, the amendments restricted *eligibility* for survivor benefits under the *CPP* to survivors of same-sex conjugal relationships whose partners died on or after January 1, 1998. The Hislop class argued that survivors of contributing partners of same-sex conjugal relationships who died anytime after s. 15(1) of the *Charter* became effective (April 17, 1985) should be eligible to make an application for *CPP* survivorship benefits. The Ontario Court of Appeal agreed with the Hislop class and found that the *eligibility* restriction violated s. 15(1) of the *Charter* and that the restriction could not be justified under s. 1. In other words, survivors of same-sex conjugal relationships in which the contributors died any time after April 17, 1985 should be eligible to receive survivor's pensions. We agree with that conclusion.

7 Second, for eligible same-sex survivors, the *MBOA* remedial amendments granted monthly pension *payments* commencing in July 2000, when the amendments came into force. As such, the amendments did not grant benefits retroactively. Irrespective of when the same-sex survivor became eligible, the monthly pension payments would not commence before July 2000.

8 The Hislop class argued that survivors of same-sex conjugal relationships should be entitled to retroactive benefits from the time of death of the same-sex conjugal contributing partner. The Ontario Court of Appeal dismissed the Hislop class's claim for retroactive benefits.

9 The third and fourth issues are of less pervasive significance. In respect of the third issue, as explained earlier, general provisions of the *CPP* unaffected by *MBOA* amendments allowed for monthly pension arrears for up to 12 months preceding the receipt by the government of an application for benefits. The Ontario Court of Appeal found that the *MBOA* amendments that granted benefits commencing in July 2000, without entitling a

Le groupe Hislop a intenté un recours collectif, alléguant qu'en raison de leur portée trop restreinte, les modifications apportées au *RPC* par la *LMRAO* violaient le par. 15(1) de la *Charte*. À ce sujet, quatre problèmes doivent être pris en considération. Premièrement, ces modifications n'ont rendu *admissible* à la pension de survivant du *RPC* que le survivant dont le conjoint de fait de même sexe est décédé le 1^{er} janvier 1998 ou par la suite. Le groupe Hislop a soutenu que le survivant dont le conjoint de même sexe était décédé après l'entrée en vigueur du par. 15(1) de la *Charte* (le 17 avril 1985) devait être admissible à la pension. La Cour d'appel de l'Ontario lui a donné raison. Elle a jugé que l'*admissibilité* restreinte violait le par. 15(1) de la *Charte* et que l'atteinte ne pouvait être justifiée au regard de l'article premier. Autrement dit, le conjoint de fait d'un cotisant de même sexe décédé après le 17 avril 1985 devrait être admissible à la pension de survivant. Nous faisons nôtre cette conclusion.

Deuxièmement, les modifications apportées par la *LMRAO* prévoyaient que le *versement* d'une prestation mensuelle au conjoint survivant de même sexe admissible commençait en juillet 2000, soit au moment de leur entrée en vigueur. Elles n'accordaient donc pas de prestation rétroactive. Sans égard à la date à laquelle le conjoint survivant de même sexe devenait admissible, le versement de la prestation mensuelle ne débutait pas avant juillet 2000.

Le groupe a Hislop a fait valoir que le conjoint survivant de même sexe devait avoir droit à la pension rétroactivement à la date du décès du cotisant. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté sa prétention.

Les troisième et quatrième problèmes n'ont pas une importance aussi grande. En troisième lieu, on l'a vu, les dispositions générales du *RPC* non modifiées par la *LMRAO* permettaient d'obtenir une pension rétroactive pour une période d'au plus 12 mois avant la réception de la demande. La Cour d'appel de l'Ontario a jugé que les modifications de la *LMRAO* suivant lesquelles la pension était versée à compter de juillet 2000 sans que le

same-sex survivor the opportunity of up to 12 months of arrears as was available to opposite-sex survivors, were contrary to s. 15 of the *Charter* and could not be justified under s. 1.

As to the fourth issue, the Ontario Court of Appeal held that estates of same-sex survivors have no standing to claim a remedy for breach of s. 15(1) of the *Charter*.

III. Statutory Provisions at Issue

Prior to the *MBOA*, “spouse” was defined in the *CPP* as:

Canada Pension Plan, R.S.C. 1985, c. C-8

2. (1) . . .

“spouse”, in relation to a contributor, means,

(a) except in or in relation to section 55,

(i) if there is no person described in subparagraph (ii), a person who is married to the contributor at the relevant time, or

(ii) a person of the opposite sex who is cohabiting with the contributor in a conjugal relationship at the relevant time, having so cohabited with the contributor for a continuous period of at least one year, and

(b) in or in relation to section 55, a person who is married to the contributor at the relevant time,

and, in the case of a contributor’s death, the “relevant time”, for greater certainty, means the time of the contributor’s death;

The *MBOA* came into force on July 31, 2000. Section 42(1) of the *MBOA* repealed the definition of spouse in the *CPP*. Section 42(2) of the *MBOA* substituted a definition of “common-law partner”. In that definition there is no express or implied reference to the gender of the partners. The definition of “common-law partner” reads:

conjoint survivant de même sexe ne puisse, comme le conjoint survivant de sexe différent, toucher au plus 12 mois de prestations rétroactives, contrevenaient à l’art. 15 de la *Charte* et que l’atteinte ne pouvait être justifiée au regard de l’article premier.

Quatrièmement, la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que la succession du conjoint survivant de même sexe n’avait pas qualité pour agir et demander réparation sur le fondement du par. 15(1) de la *Charte*.

III. Les dispositions législatives en cause

Avant l’adoption de la *LMRAO*, le *RPC* définissait le mot « conjoint » de la manière suivante :

Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-8

2. (1) . . .

« conjoint » À l’égard d’un cotisant, s’entend :

a) sauf à l’article 55, de même qu’en ce qui s’y rattache :

(i) d’une personne qui est mariée au cotisant au moment considéré, dans les cas d’inexistence d’une personne décrite au sous-alinéa (ii),

(ii) d’une personne du sexe opposé qui, au moment considéré, vit avec le cotisant dans une situation assimilable à une union conjugale et a ainsi vécu avec celui-ci pendant une période continue d’au moins un an;

b) à l’article 55, de même qu’en ce qui s’y rattache, d’une personne qui est mariée au cotisant au moment considéré.

Il est entendu que, dans les cas de décès d’un cotisant, « moment considéré » s’entend du moment du décès du cotisant.

La *LMRAO* est entrée en vigueur le 31 juillet 2000. Son paragraphe 42(1) a abrogé la définition de conjoint du *RPC*, et son par. 42(2) l’a remplacée par celle de « conjoint de fait ». La nouvelle définition ne fait mention du sexe des conjoints ni expressément ni implicitement. En voici le libellé :

10

11

12

2. (1) In this Act,

“common-law partner”, in relation to a contributor, means a person who is cohabiting with the contributor in a conjugal relationship at the relevant time, having so cohabited with the contributor for a continuous period of at least one year. For greater certainty, in the case of a contributor’s death, the “relevant time” means the time of the contributor’s death.

13

By a series of other *MBOA* amendments to the *CPP*, survivors of same-sex conjugal relationships became entitled to receive benefits under the *CPP*. However, by s. 45(2) of the *MBOA*, s. 44(1.1) of the *CPP* was added whereby no survivorship pension would be payable to survivors of same-sex conjugal relationships unless they became survivors on or after January 1, 1998. In other words, if the partner of the same-sex survivor died before January 1, 1998, the survivor would not be eligible for a survivorship pension under the *CPP*. Section 44(1.1) provides:

44. . . .

(1.1) In the case of a common-law partner who was not, immediately before the coming into force of this subsection, a person described in subparagraph (a)(ii) of the definition “spouse” in subsection 2(1) as that definition read at that time, no survivor’s pension shall be paid under paragraph (1)(d) unless the common-law partner became a survivor on or after January 1, 1998.

14

A second provision added by the *MBOA* was s. 72(2) of the *CPP*. Section 72(2) operated to preclude payments to same-sex survivors for any month before July 2000, the month s. 72(2) came into force. Section 72(2) provides:

72. . . .

(2) In the case of a survivor who was the contributor’s common-law partner and was not, immediately before the coming into force of this subsection, a person described in subparagraph (a)(ii) of the definition “spouse” in subsection 2(1) as that definition read at that time, no survivor’s pension may be paid for any month before the month in which this subsection comes into force.

2. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

« conjoint de fait » La personne qui, au moment considéré, vit avec un cotisant dans une relation conjugale depuis au moins un an. Il est entendu que, dans le cas du décès du cotisant, « moment considéré » s’entend du moment du décès.

D’autres modifications du *RPC* issues de la *LMRAO* ont reconnu au conjoint survivant de même sexe le droit de toucher des prestations en application du régime. Toutefois, suivant le par. 45(2) de la *LMRAO* ajoutant le par. 44(1.1) au *RPC*, la pension de survivant n’est payable au conjoint de même sexe que s’il est devenu conjoint survivant le 1^{er} janvier 1998 ou par la suite. En d’autres termes, si le cotisant est décédé avant le 1^{er} janvier 1998, son conjoint de même sexe n’a pas droit à la pension de survivant. Le texte du par. 44(1.1) est le suivant :

44. . . .

(1.1) Dans le cas d’un conjoint de fait qui n’était pas, à la date d’entrée en vigueur du présent paragraphe, une personne visée au sous-alinéa a)(ii) de la définition de « conjoint » au paragraphe 2(1), dans sa version à cette date, la pension de survivant n’est payée en vertu de l’alinéa (1)d) que si le conjoint de fait est devenu un survivant le 1^{er} janvier 1998 ou après cette date.

La *LMRAO* a aussi ajouté au *RPC* le par. 72(2) excluant le versement de prestations au conjoint survivant de même sexe pour tout mois antérieur à celui de l’entrée en vigueur de la disposition, soit juillet 2000. Ce paragraphe dispose :

72. . . .

(2) Une pension de survivant n’est pas payable pour tout mois précédant celui de l’entrée en vigueur du présent paragraphe, dans le cas d’un survivant qui était le conjoint de fait du cotisant et qui n’était pas, à l’entrée en vigueur du présent paragraphe, une personne visée au sous-alinéa a)(ii) de la définition de « conjoint » au paragraphe 2(1), dans sa version à cette date.

The effect of s. 72(2) was to entirely preclude retroactive pension benefits to same-sex survivors. The Hislop class's position is that same-sex survivors should be entitled to retroactive benefits to the month following the death of their same-sex conjugal partner.

The incidental effect of s. 72(2) was to preclude for same-sex survivors the opportunity to seek up to 12 months of pension arrears prior to July 2000, an opportunity that was available to opposite-sex survivors under s. 72(1). Section 72(1) provides in relevant part:

72. (1) Subject to subsection (2) and section 62, where payment of a survivor's pension is approved, the pension is payable for each month commencing with the month following

. . .

but in no case earlier than the twelfth month preceding the month following the month in which the application was received.

The effect of s. 72(2) came to an end as of June 2001, because after that month, same-sex and opposite-sex survivors benefited from the application of the general rule in s. 72(1).

As indicated, s. 72(1) limits survivors' arrears benefits to not more than 12 months prior to the month in which the application is received. The Hislop class says that s. 72(1) imposes adverse effect discrimination on survivors of same-sex conjugal relationships. While s. 72(1) is facially neutral, access to survivorship pensions for same-sex survivors was not recognized until the enactment of the *MBOA*. Thus, even if s. 72(2) was struck down, the effect of s. 72(1) is to limit same-sex survivors from claiming benefits for more than 12 months prior to when their application was made. The Hislop class argues that s. 72(1) should be suspended to enable same-sex survivors to obtain payment of pension benefits back to when their same-sex partner died.

Le paragraphe 72(2) prive donc le conjoint de même sexe d'un cotisant de toute prestation rétroactive. Le groupe Hislop soutient qu'un tel conjoint devrait avoir droit à la pension de survivant à compter du mois qui suit le décès du cotisant.

Accessoirement, le par. 72(2) empêche aussi le conjoint survivant de même sexe de demander jusqu'à 12 mois de prestations rétroactives pour une période antérieure à juillet 2000, comme le conjoint survivant de sexe différent y a droit suivant le par. 72(1), dont voici un extrait :

72. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et de l'article 62, lorsque le paiement d'une pension de survivant est approuvé, la pension est payable pour chaque mois à compter du mois qui suit :

. . .

mais qui n'est en aucun cas antérieur au douzième mois précédant celui qui suit le mois où la demande a été reçue.

L'effet du par. 72(2) a cessé en juin 2001. Depuis lors, le conjoint survivant de même sexe et le conjoint survivant de sexe différent bénéficient tous deux de l'application de la règle générale énoncée au par. 72(1).

Le paragraphe 72(1) limite donc à 12 mois avant la réception de la demande la période pour laquelle une prestation peut être versée rétroactivement. Le groupe Hislop allègue que cette disposition est discriminatoire en raison de son effet préjudiciable sur le conjoint survivant de même sexe. En effet, malgré la neutralité apparente de la rédaction du par. 72(1), le conjoint de même sexe n'est admissible à la pension de survivant que depuis l'adoption de la *LMRAO*. Si le par. 72(2) était invalidé, le par. 72(1) empêcherait quand même le conjoint de même sexe d'un cotisant décédé plus de 12 mois avant la demande d'obtenir une pension rétroagissant à la date du décès. Le groupe Hislop soutient alors que l'application du par. 72(1) devrait être suspendue pour permettre au conjoint survivant de même sexe d'obtenir une pension rétroactive à compter du décès du cotisant.

15

16

17

18 Finally, s. 60(2) of the *CPP*, a general provision not affected by the *MBOA*, limited the right of estates of survivors from obtaining benefits if the application for the benefits is not made within 12 months after the death of the survivor. Section 60(2) provides:

60. . . .

(2) Notwithstanding anything in this Act, but subject to subsections (2.1) and (2.2), an application for a benefit, other than a death benefit, that would have been payable in respect of a month to a deceased person who, prior to the person's death, would have been entitled on approval of an application to payment of that benefit under this Act may be approved in respect of that month only if it is made within 12 months after the death of that person by the estate, the representative or heir of that person or by any person that may be prescribed by regulation.

19 The Hislop class says that s. 60(2) should be suspended to enable estates of survivors of same-sex conjugal relationships to claim retroactive benefits for the period during which the survivor would have been entitled to benefits had same-sex survivors been recognized by the *CPP* as of the date of the death of the contributor. The suspension of s. 60(2) would only avail to the benefit of estates if ss. 44(1.1) and 72(2) are found to be unconstitutional.

IV. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice* (2003), 234 D.L.R. (4th) 465

20 Macdonald J. found that all the respondents in this case were in conjugal relationships with their same-sex partners for a number of years. She considered whether ss. 44(1.1) and 72(2) of the *CPP* breached s. 15(1) of the *Charter*, using the three-part analysis set out in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497. The comparator group chosen by the Hislop class was married heterosexual couples. The trial judge agreed and found that the legislation treats same-sex survivors differently than survivors of married or opposite-sex common-law

Enfin, le par. 60(2) du *RPC*, une disposition générale non modifiée par la *LMRAO*, prévoit que l'ayant droit du conjoint survivant dispose de 12 mois après le décès de ce dernier pour demander le versement d'une prestation. Il est rédigé dans les termes suivants :

60. . . .

(2) Indépendamment des autres dispositions de la présente loi, et sous réserve des paragraphes (2.1) et (2.2), une demande de prestation, autre qu'une prestation de décès, qui aurait été payable pour un mois à une personne décédée et qui, avant son décès, aurait, après approbation d'une demande à cet effet, eu droit au paiement de cette prestation conformément à la présente loi, ne peut être approuvée que lorsqu'elle est présentée, dans les douze mois suivant le décès de cette personne, par l'ayant droit, le représentant ou l'héritier de cette personne, ou encore par toute personne visée par règlement.

Le groupe Hislop allègue que l'application du par. 60(2) devrait être suspendue pour permettre à l'ayant droit d'un conjoint survivant de même sexe de demander des prestations rétroactives pour la période pendant laquelle il aurait eu droit à la pension si, à la date du décès du cotisant, le *RPC* avait accordé les mêmes droits aux conjoints de même sexe et de sexe différent. Cette suspension ne pourra intervenir que si les par. 44(1.1) et 72(2) sont jugés inconstitutionnels.

IV. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario* (2003), 234 D.L.R. (4th) 465

La juge Macdonald a reconnu que les membres du groupe intimé avaient tous vécu dans une relation conjugale avec une personne du même sexe pendant un certain nombre d'années. Recourant à l'analyse en trois étapes appliquée dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, elle s'est demandé si les par. 44(1.1) et 72(2) du *RPC* violaient le par. 15(1) de la *Charte*. Le groupe de comparaison proposé par l'intimé était celui des couples hétérosexuels mariés. La juge l'a retenu et a conclu que la loi traitait le conjoint survivant de même

relationships. She observed that in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 13, it was found that “‘sexual orientation’ is an analogous ground under s. 15(1)”. The judge also found that ss. 44(1.1) and 72(2) offended Hislop’s human dignity. She concluded that ss. 44(1.1) and 72(2) infringed s. 15(1) of the *Charter*.

Macdonald J. considered the government’s argument that the Hislop class’s claim amounted to an impermissible claim for retroactive benefits for a breach of the *Charter*. She held that this Court’s judgment in *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, provided “a complete answer to the arguments raised by the Crown” (para. 99). In her view, “. . . discrimination was experienced after the coming into force of s. 15 of the *Charter*. The plaintiffs have actually experienced discrimination since before the passage of the *Charter*, but they seek to apply the *Charter* prospectively, to discrimination that took place after April 17, 1985” (*ibid.*). She held that the government had failed to demonstrate that the exclusion of same-sex survivors’ pensions was a reasonable limit on the Hislop class’s *Charter* rights under s. 1 of the *Charter*.

Macdonald J. held that ss. 44(1.1) and 72(2) violated s. 15(1) of the *Charter* and were not justified under s. 1. Under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, she granted same-sex survivors a constitutional exemption from the two general sections (ss. 60(2) and 72(1)) of the *CPP*. She also awarded interest under s. 31 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C. 1985, c. C-50, on the unpaid survivors’ pensions from February 1, 1992 or one month after the death of the contributor, whichever is later. She also awarded costs at approximately \$1.3 million. She dismissed the Hislop class’s claims for symbolic damages of \$20,000 for each class member under s. 24(1)

sexe différemment du conjoint survivant de sexe opposé, marié ou vivant en union de fait. Elle a signalé que dans l’arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 13, notre Cour avait statué que « l’“orientation sexuelle” est un motif analogue à ceux qui sont énumérés au par. 15(1) ». Elle a estimé que les par. 44(1.1) et 72(2) portaient atteinte à la dignité des membres du groupe Hislop, puis elle a conclu que ces dispositions violaient le par. 15(1) de la *Charte*.

Devant la prétention du gouvernement selon laquelle le groupe Hislop tentait en fait d’obtenir des prestations rétroactives pour une atteinte à la *Charte* — une réparation exclue —, la juge Macdonald a souligné que l’arrêt *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1997] 1 R.C.S. 358, apportait [TRADUCTION] « une réponse complète à l’argumentation du gouvernement » (par. 99). Elle a ajouté : [TRADUCTION] « . . . la discrimination a été subie après l’entrée en vigueur de l’art. 15 de la *Charte*. Les demandeurs ont en fait été victimes de discrimination avant l’entrée en vigueur de la *Charte*, mais ils demandent son application à des actes discriminatoires survenus après le 17 avril 1985 » (*ibid.*). La juge a estimé que le gouvernement n’avait pas démontré que le refus d’accorder la pension de survivant aux conjoints de même sexe constituait, au sens de l’article premier de la *Charte*, une limite raisonnable des droits constitutionnels des membres du groupe Hislop.

La juge Macdonald a alors conclu que les par. 44(1.1) et 72(2) violaient le par. 15(1) de la *Charte* et que l’atteinte n’était pas justifiée au regard de l’article premier. En vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, elle a accordé aux conjoints survivants de même sexe une exemption constitutionnelle qui les soustrayait à l’application des deux dispositions générales du *RPC* (les par. 60(2) et 72(1)). Sur le fondement de l’art. 31 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, ch. C-50, elle a également accordé des intérêts courant à compter du 1^{er} février 1992 ou d’un mois après le décès du cotisant, selon la période la plus courte,

of the *Charter*, and their claims for damages for breach of fiduciary duty and unjust enrichment.

B. *Ontario Court of Appeal (Charron, Feldman and Lang J.J.A.)* (2004), 73 O.R. (3d) 641

23 The Court of Appeal affirmed Macdonald J.'s decision with regard to the unconstitutionality of ss. 44(1.1) and 72(2). However, the court queried why the trial judge considered ss. 60(2) and 72(1) in her analysis of remedy but did not review them in her s. 15(1) or s. 1 analysis. The court was informed that the trial judge's remedy analysis followed the argument as presented at trial by the Hislop class's counsel. The court invited written submissions as to the constitutional validity of ss. 60(2) and 72(1). The court then found that it had the necessary factual foundation and jurisdiction to consider the constitutional validity of these sections and that they must be subjected to a s. 15 and a s. 1 *Charter* analysis.

24 The court concluded that ss. 44(1.1) and 72(2) offended s. 15(1) of the *Charter*. The court found that the appropriate comparator group is opposite-sex surviving partners and that, although the impugned sections contain temporal distinctions as the government argued, those distinctions apply only to same-sex surviving partners and not to opposite-sex survivors. Both ss. 44(1.1) and 72(2) treat same-sex survivors differently from their comparator group. The court said that sexual orientation is now recognized as an analogous ground under s. 15(1) of the *Charter*. The differential treatment discriminated in a substantive sense, and the discrimination could not be justified under s. 1.

25 In dealing with s. 60(2), the Court of Appeal held that estates could not make a s. 15(1) *Charter* application because s. 15(1) only applies to "[e]very

sur la pension de survivant exigible, ainsi que des dépens d'environ 1,3 million de dollars. Elle a toutefois rejeté la demande, fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, de dommages-intérêts symboliques s'élevant à 20 000 \$ par membre du groupe, ainsi que celle d'une indemnité pour manquement à l'obligation fiduciaire et enrichissement sans cause.

B. *Cour d'appel de l'Ontario (les juges Charron, Feldman et Lang)* (2004), 73 O.R. (3d) 685

La Cour d'appel a confirmé l'inconstitutionnalité des par. 44(1.1) et 72(2). Elle s'est toutefois demandé pourquoi la juge Macdonald avait examiné les par. 60(2) et 72(1) dans son analyse portant sur la réparation, mais non dans celle relative au par. 15(1) ou à l'article premier. Après avoir été informée que l'analyse de la juge de première instance avait suivi à cet égard la ligne d'argumentation de l'avocat du groupe Hislop au procès, la Cour d'appel a ordonné le dépôt d'observations écrites sur la constitutionnalité des par. 60(2) et 72(1). Estimant ensuite qu'elle disposait du fondement factuel et de la compétence nécessaires à l'examen de la validité constitutionnelle de ces dispositions, elle a conclu que celles-ci devaient faire l'objet d'une analyse au regard de l'art. 15 puis de l'article premier de la *Charte*.

La Cour d'appel a conclu que les par. 44(1.1) et 72(2) violaient le par. 15(1) de la *Charte*. À son avis, le groupe de comparaison approprié était celui des conjoints survivants de sexe différent et que même si, comme le faisait valoir le gouvernement, les dispositions contestées établissaient des distinctions temporelles, ces distinctions ne s'appliquaient qu'aux conjoints survivants de même sexe. Les paragraphes 44(1.1) et 72(2) traitaient tous deux les conjoints survivants de même sexe différemment des membres du groupe de comparaison. L'orientation sexuelle étant désormais reconnue comme un motif analogue à ceux énoncés au par. 15(1) de la *Charte*, cette différence de traitement était réellement discriminatoire et ne pouvait se justifier au regard de l'article premier.

À propos du par. 60(2), la Cour d'appel a jugé qu'une succession ne pouvait présenter une demande fondée sur le par. 15(1) de la *Charte* parce que ce

individual”. Survivors’ estates enjoy no s. 15(1) rights and there was no basis to assess whether such rights were breached by s. 60(2).

With respect to s. 72(1), the court held that it did not limit same-sex survivors’ rights. The court observed, at para. 106, that “[i]t is only once s. 44(1.1) and s. 72(2) are declared unconstitutional that s. 72(1) may have an adverse effect” on the Hislop class, by limiting pension entitlement to 12 months of arrears, no matter when the partner died. Most same-sex survivors did not apply for the survivor’s pension when their partners died, because they were not eligible to apply under the *CPP*. The court held that s. 72(1) did not violate s. 15(1) of the *Charter* because, “in the context of the *MBOA*, it had no adverse effect on the claimants, and at this stage, it is not clear that it will have an adverse effect on the class” (para. 111). Therefore, there was no need to consider s. 1.

The Court of Appeal upheld the declaration of invalidity in respect of ss. 44(1.1) and 72(2). The court held that the two general sections, ss. 60(2) and 72(1) of the *CPP*, do not breach s. 15(1) of the *Charter*. Consequently, there was no remedy to be granted in respect of those sections. The court set aside the constitutional exemption which was ordered by the trial judge with respect to ss. 60(2) and 72(1).

The Court of Appeal held that the trial judge properly exercised her discretion on pre-judgment interest. She was entitled to award pre-judgment interest and there is no basis to interfere with that disposition. Costs were awarded on a partial indemnity basis.

C. *Appeal and Cross-Appeal to This Court*

The government now appeals the declaration of invalidity of ss. 44(1.1) and 72(2) and the awarding of pre-judgment interest on pension arrears. The

dernier ne s’applique qu’à une personne physique. La succession ne jouissant pas des droits garantis au par. 15(1), il n’y avait pas lieu de déterminer si le par. 60(2) y porte atteinte.

D’après la Cour d’appel, le par. 72(1) ne limitait pas les droits du conjoint survivant de même sexe. À son avis, le par. 72(1) ne pouvait avoir sur les membres du groupe Hislop l’effet préjudiciable de limiter à 12 mois le versement rétroactif de la pension de survivant, sans égard à la date du décès du cotisant, que si les par. 44(1.1) et 72(1) étaient déclarés inconstitutionnels (par. 106). La plupart des conjoints survivants de même sexe n’ont pas demandé la pension de survivant au décès de leurs conjoints parce que les dispositions du *RPC* ne le leur permettaient pas. La Cour d’appel a jugé que le par. 72(1) ne contrevenait pas au par. 15(1) de la *Charte*, car dans le contexte de la *LMRAO*, il n’avait pas d’effet préjudiciable sur les demandeurs et, à ce stade, il n’est pas certain qu’il aura un tel effet sur les membres du groupe (par. 111). L’examen au regard de l’article premier devenait donc superflu.

La Cour d’appel a confirmé l’invalidité des par. 44(1.1) et 72(2). Cependant, elle a statué que les deux dispositions générales, les par. 60(2) et 72(1) du *RPC*, ne violaient pas le par. 15(1) de la *Charte* et qu’une réparation ne s’imposait donc pas à leur égard. Elle a alors annulé l’exemption constitutionnelle accordée par la juge de première instance quant à leur application.

La Cour d’appel a conclu que la juge de première instance avait correctement exercé son pouvoir discrétionnaire au sujet de l’intérêt avant jugement — elle avait le pouvoir d’en accorder — et rien ne justifie de modifier sa décision. Elle a attribué des dépens sur la base d’une indemnisation partielle.

C. *Pourvoi et pourvoi incident devant la Cour suprême du Canada*

Le gouvernement en appelle de la déclaration d’invalidité visant les par. 44(1.1) et 72(2) et de l’intérêt avant jugement accordé sur les prestations

26

27

28

29

Hislop class cross-appeals the finding of the Court of Appeal which set aside the constitutional exemptions ordered by the trial judge with respect to ss. 60(2) and 72(1).

V. The Issues

30 On October 6, 2005, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Does s. 44(1.1) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. Does s. 72(2) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
5. Does s. 60(2) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
7. Does s. 72(1) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
8. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a

rétroactives. Le groupe Hislop forme un appel incident à l'encontre de l'annulation par la Cour d'appel de l'exemption constitutionnelle accordée par la juge de première instance quant à l'application des par. 60(2) et 72(1).

V. Les questions en litige

Le 6 octobre 2005, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. Le paragraphe 44(1.1) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, viole-t-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. Le paragraphe 72(2) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, viole-t-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
5. Le paragraphe 60(2) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, viole-t-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
6. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
7. Le paragraphe 72(1) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, viole-t-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
8. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de

free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

By way of cross-appeal, the Hislop class submitted three questions:

Dans son pourvoi incident, le groupe Hislop soulève trois questions :

- (1) Can estates advance s. 15(1) rights?
- (2) Is there an entitlement to interest on survivor's pension arrears?
- (3) Did the Court of Appeal err in setting aside the constitutional exemption in respect of ss. 60(2) and 72(1)?

- (1) Une succession peut-elle faire valoir un droit garanti au par. 15(1)?
- (2) La somme payable rétroactivement au titre de prestation de survivant porte-t-elle intérêt?
- (3) La Cour d'appel a-t-elle annulé à tort l'exemption constitutionnelle accordée à l'égard des par. 60(2) et 72(1)?

In essence, the issues are:

Essentiellement, les questions qui se posent sont les suivantes :

- (1) Should survivors of same-sex conjugal relationships in which the contributing partner died prior to January 1, 1998 be eligible to receive *CPP* survivorship benefits?
- (2) Should survivors of same-sex conjugal relationships in which the contributing partner died at any time after April 17, 1985 be entitled to retroactive *CPP* benefits from the month following the death of the contributing partner?
- (3) Should estates of deceased survivors be entitled to claim *Charter* relief which the survivors would have been entitled to claim?

- (1) Le conjoint de fait d'un cotisant de même sexe décédé avant le 1^{er} janvier 1998 devrait-il être admissible à la pension de survivant du *RPC*?
- (2) Le conjoint de fait d'un cotisant de même sexe décédé après le 17 avril 1985 devrait-il avoir droit à la pension rétroactivement à compter du mois qui a suivi le décès?
- (3) La succession d'un conjoint survivant devrait-elle pouvoir obtenir, sur le fondement de la *Charte*, la réparation à laquelle aurait eu droit le défunt?

VI. Analysis

The *MBOA* was enacted in response to this Court's decision in *M. v. H.* The Act seeks to eliminate from federal legislation distinctions based on sexual orientation. In the context of survivorship benefits under the *CPP*, the *MBOA* amendments entitle survivors of conjugal relationships, whether they be of the same or opposite sex, access to the same benefit regime. In other words, the gender of the parties to a conjugal relationship is now irrelevant in the survivorship provisions of the *CPP*. Even though the *MBOA* is remedial legislation, the

VI. Analyse

La *LMRAO* a été adoptée par suite de l'arrêt *M. c. H.* de notre Cour afin de supprimer dans la législation fédérale les distinctions fondées sur l'orientation sexuelle. Les modifications qu'elle a apportées au *RPC* accordent au conjoint de fait survivant, qu'il soit de même sexe ou de sexe différent, un même droit à pension. Autrement dit, le sexe des conjoints vivant dans une relation conjugale n'a désormais plus d'importance pour l'application des dispositions du *RPC* relatives à la pension de survivant. Même si la *LMRAO* corrige la situation, le

31

32

33

complaint is that the relief granted by the *MBOA* does not go far enough, in that it fails to confer eligibility on survivors whose same-sex partner died prior to January 1, 1998 and fails to grant retroactive relief.

A. *Section 44(1.1)*

34 It will be convenient to first deal with the eligibility restriction. The *MBOA* recognized that the former *CPP* regime violated s. 15(1) of the *Charter* because it failed to recognize survivors of same-sex conjugal relationships. Section 44(1.1) continues to fail to recognize survivors of same-sex conjugal relationships whose contributing partner died before January 1, 1998.

35 Section 15(1) of the *Charter* provides:

Equality Rights

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

36 The test applicable to s. 15(1) of the *Charter* was articulated by this Court in *Law*. In short, there must be (1) differential treatment on the basis of a personal characteristic, (2) that is an enumerated or analogous ground, (3) which is discriminatory in purpose or effect.

(1) Differential Treatment

37 As the Court of Appeal observed, essential to the question of differential treatment is the choice of comparator group. Throughout this litigation, the government has argued that s. 44(1.1) draws a temporal distinction only. The government's position is that the provisions of the *MBOA* do not differentiate between same-sex couples and opposite-sex couples, but rather, between two groups of survivors of same-sex relationships, based on the date their relationships ended as a result of one partner's death. It cannot, therefore, violate s. 15(1) because a temporal basis for a distinction is not an enumerated or

groupe Hislop lui reproche de ne pas aller assez loin en ne rendant pas admissible à la pension de survivant la personne dont le conjoint de même sexe est décédé avant le 1^{er} janvier 1998 et de ne pas prévoir la rétroactivité de la réparation.

A. *Le paragraphe 44(1.1)*

Il convient d'examiner d'abord la restriction de l'admissibilité. La *LMRAO* a reconnu que l'ancien régime de pensions violait le par. 15(1) de la *Charte* en ce qu'il excluait le conjoint survivant de même sexe. Or, le par. 44(1.1) exclut toujours le conjoint de fait de même sexe d'un cotisant décédé avant le 1^{er} janvier 1998.

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* dispose :

Droits à l'égalité

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

Dans l'arrêt *Law*, notre Cour a établi le critère d'application du par. 15(1) de la *Charte*. En résumé, il doit y avoir (1) une différence de traitement en raison d'une caractéristique personnelle, (2) fondée sur un motif énuméré ou analogue et (3) discriminatoire dans son objectif ou ses effets.

(1) Différence de traitement

Comme la Cour d'appel l'a signalé, ce facteur exige le choix d'un groupe de comparaison. Or, tout au long de l'instance, le gouvernement n'a cessé de faire valoir que le par. 44(1.1) n'établit qu'une distinction de nature temporelle. Selon lui, la *LMRAO* ne distingue pas entre les conjoints de même sexe et ceux de sexe différent, mais plutôt entre deux groupes de conjoints survivants de même sexe selon la date à laquelle le décès a mis fin à la relation. Il ne pourrait donc y avoir violation du par. 15(1), car la distinction temporelle ne constitue pas un motif de discrimination énuméré ni un motif analogue

recognized analogous ground of discrimination. In our opinion, the courts below were correct in rejecting this argument.

To frame the comparator group in terms of the express distinction made in s. 44(1.1) between survivors whose partners died before January 1, 1998 and those whose partners died on or after that date would be to miss the fundamental reason for the enactment of the *MBOA*. In *M. v. H.*, this Court held that the distinction in the spousal support regime between same-sex and opposite-sex couples was unconstitutional and that it could not be saved under s. 1. The *MBOA* was expressly intended to extend equal treatment to same-sex partners in a wide range of statutes. It is the purpose of the *MBOA* itself that determines the appropriate comparator group. What must be compared is the subset of same-sex survivors that remains excluded from the *CPP* survivor's benefits, i.e., those whose partners died before January 1, 1998, and similarly situated opposite-sex survivors. The appropriate comparator group in respect of the s. 44(1.1) analysis is survivors of opposite-sex conjugal relationships whose partners died before January 1, 1998.

If the government was correct, remedial legislation intended to address the constitutional infirmity of existing legislation, but which limited eligibility for relief on a temporal basis, could never be the subject of a successful s. 15(1) *Charter* challenge. That is because a temporal basis of distinction is not one based upon grounds enumerated in s. 15(1) or grounds analogous thereto. When the government enacts remedial legislation, that legislation may still violate s. 15(1) requirements. The fact that it is remedial legislation does not immunize it from *Charter* review.

In this Court, the government's primary challenge to the s. 15(1) decision of the Court of Appeal was based on the choice of comparator group. We find the Court of Appeal did not err in the selection of comparator group.

The government cursorily argued that the *Charter* should be interpreted in a manner recognizing the evolution of societal opinions and

reconnu. À notre avis, les tribunaux inférieurs ont eu raison de rejeter cette prétention.

Définir le groupe de comparaison en fonction de la distinction expressément établie au par. 44(1.1) entre les survivants dont le conjoint est décédé avant le 1^{er} janvier 1998 et ceux dont le conjoint est décédé par la suite fait abstraction de la raison d'être fondamentale de la *LMRAO*. Dans l'arrêt *M. c. H.*, notre Cour a statué que la distinction entre conjoints de même sexe et conjoints de sexes différents était inconstitutionnelle et ne pouvait être sauvegardée en application de l'article premier. La *LMRAO* visait expressément à assurer aux conjoints de même sexe un traitement égal dans une foule de lois. Son objectif même détermine le bon groupe de comparaison. Il faut comparer le sous-ensemble des survivants dont le conjoint de même sexe est décédé avant le 1^{er} janvier 1998 — qui demeurent privés de la pension de survivant du *RPC* — et les survivants dont le conjoint de sexe différent est décédé avant cette date. Le bon groupe de comparaison pour l'analyse portant sur le par. 44(1.1) est donc composé des survivants dont le conjoint de sexe différent est décédé avant le 1^{er} janvier 1998.

Si l'on faisait droit à la prétention du gouvernement, le par. 15(1) ne pourrait jamais permettre d'invalider une loi qui vise à remédier à l'inconstitutionnalité mais qui limite dans le temps l'admissibilité à la réparation, car la distinction ne serait fondée ni sur un motif énuméré au par. 15(1) ni sur un motif analogue. Or, il se peut qu'une loi corrective ne satisfasse pas aux exigences du par. 15(1). La volonté de remédier à une invalidité constitutionnelle qui la sous-tend ne soustrairait pas cette loi à un examen fondé sur la *Charte*.

Le pourvoi du gouvernement contre la décision de la Cour d'appel relative à l'application du par. 15(1) repose principalement sur le choix du groupe de comparaison. Nous sommes d'avis que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur à cet égard.

Le gouvernement a succinctement plaidé que l'interprétation de la *Charte* devait tenir compte de l'évolution des perceptions sociales et de la

38

39

40

41

the incremental recognition of analogous grounds. The government says the *MBOA* amendments restricting eligibility to survivors whose partners died on or after January 1, 1998 are consistent with that evolution. With respect, we do not see how the evolution of societal opinions and the incremental recognition of analogous grounds bear on whether s. 44(1.1) continues the discrimination which the *MBOA* amendments are intended to remedy. The question is not whether there was recognition of same-sex discrimination prior to 1998. Rather, the question is whether the prior discrimination which was recognized by the *MBOA* is or is not now being remedied. If survivors of same-sex conjugal relationships whose partners died before 1998 continue to be ineligible for *CPP* survivorship pensions, the prior discrimination that has been recognized by Parliament in enacting the *MBOA* continues for such survivors. For these reasons, we do not accept the government's evolution argument as a valid response to the s. 15(1) claim in respect of s. 44(1.1).

42 This disposes of the government's s. 15(1) arguments. The government did not argue any other error in the *Charter* analysis of the Court of Appeal. We agree with that analysis and need not duplicate it here.

(2) Section 1

43 Section 1 of the *Charter* provides:

Guarantee of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

Under s. 1, the government has the burden to demonstrate that a discriminatory provision is a reasonable limit on a s. 15(1) *Charter* right. If it meets this burden, the law will be saved as being

reconnaissance graduelle de motifs analogues. Il a ajouté que les modifications apportées par la *LMRAO* — qui ne rendent admissible que le survivant dont le conjoint est décédé le 1^{er} janvier 1998 ou par la suite — se situent dans le droit fil de cette évolution. En toute déférence, nous ne voyons pas le lien entre, d'une part, l'évolution des perceptions sociales et la reconnaissance graduelle de motifs analogues et, d'autre part, la question de savoir si le par. 44(1.1) de la *LMRAO* perpétue la discrimination que cette loi visait à supprimer. Il ne s'agit pas de déterminer si la discrimination envers les conjoints de même sexe était reconnue avant 1998, mais bien si la discrimination antérieure reconnue par la *LMRAO* est désormais supprimée ou non. Si le conjoint de fait d'un cotisant de même sexe décédé avant 1998 demeure inadmissible à la pension de survivant du *RPC*, il fait toujours l'objet de la discrimination antérieure dont le législateur a reconnu l'existence en adoptant la *LMRAO*. C'est pourquoi nous ne pouvons retenir le motif de l'évolution que le gouvernement invoque en réponse à l'allégation selon laquelle le par. 44(1.1) ne respecte pas le par. 15(1).

Cette conclusion répond aux arguments du gouvernement concernant le par. 15(1). Le gouvernement n'a pas prétendu que d'autres erreurs entachaient l'analyse de la Cour d'appel fondée sur la *Charte*. Nous faisons nôtre cette analyse, et il n'est pas nécessaire de la reprendre dans les présents motifs.

(2) Article premier

L'article premier de la *Charte* est libellé comme suit :

Garantie des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Il incombe donc au gouvernement d'établir qu'une disposition discriminatoire constitue une restriction raisonnable d'un droit garanti au par. 15(1) de la *Charte*. S'il y parvient, la loi est sauvegardée en

a demonstrably justified reasonable limit on that right.

The framework for a s. 1 analysis is the well-known *Oakes* test (see *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 138-40). The *Oakes* test may be formulated as two main tests with subtests under the second branch, but it may be easier to think of it in terms of four independent tests. If the legislation fails under any one test, it cannot be justified. The four tests ask the following questions:

- (1) Is the objective of the legislation pressing and substantial?
- (2) Is there a rational connection between the government's legislation and its objective?
- (3) Does the government's legislation minimally impair the *Charter* right or freedom at stake?
- (4) Is the deleterious effect of the *Charter* breach outweighed by the salutary effect of the legislation?

As the *MBOA* was the legislative response to this Court's decision in *M. v. H.*, the Act obviously has a pressing and substantial purpose. However, in *M. v. H.*, the Court also held that "when dealing with underinclusive legislation it is important also to consider the impugned omission when construing the objective" (para. 100).

It is therefore necessary to consider whether the objective of s. 44(1.1) is pressing and substantial. The effect of s. 44(1.1) is to limit eligibility for *CPP* survivorship pensions in the case of survivors of same-sex conjugal relationships. No survivorship pension is payable where the partner died prior to January 1, 1998.

The government's pressing and substantial objective argument in this Court is different than in the Ontario courts. In the Ontario courts, the government's pressing and substantial argument was based on the evolutionary recognition of *Charter* rights and that, prior to *M. v. H.*, there would have

tant que limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

C'est de l'arrêt bien connu *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, que sont issus les paramètres de l'analyse que commande l'article premier (p. 138-140). Le critère qui s'en dégage peut être scindé en deux volets principaux dont le second comporte à son tour plusieurs éléments; il est toutefois plus commode d'y voir quatre critères indépendants. La disposition législative qui ne satisfait pas à un seul de ces critères ne peut être justifiée. Les quatre critères appellent les quatre questions suivantes :

- (1) L'objectif de la loi est-il urgent et réel?
- (2) Existe-t-il un lien rationnel entre la loi et son objectif?
- (3) La loi constitue-t-elle une atteinte minimale au droit ou à la liberté en cause que garantit la *Charte*?
- (4) Les effets préjudiciables de la violation de la *Charte* l'emportent-ils sur les effets bénéfiques de la loi?

Puisque la *LMRAO* a été adoptée pour donner suite à l'arrêt *M. c. H.*, son objectif est manifestement urgent et réel. Toutefois, dans cet arrêt, notre Cour a également dit que « quand on analyse une loi dont la portée est trop limitative, il est également important de tenir compte de l'omission contestée dans l'interprétation de l'objectif » (par. 100).

Il faut donc déterminer si l'objectif du par. 44(1.1) est urgent et réel. Ce paragraphe a pour effet de restreindre l'admissibilité du conjoint de même sexe à la pension de survivant du *RPC*, aucune prestation ne lui étant payable lorsque le décès du cotisant est survenu avant le 1^{er} janvier 1998.

Le gouvernement défend devant notre Cour une argumentation nouvelle concernant le caractère urgent et réel de l'objectif. Alors que devant les tribunaux de l'Ontario, il a invoqué le caractère évolutif de la reconnaissance des droits garantis par la *Charte* et soutenu qu'avant l'arrêt *M. c. H.* les

44

45

46

47

been no rights to same-sex partners. In this Court, the government argues that the pressing and substantial objective of s. 44(1.1) is the matching of benefits conferred under the *CPP* with obligations imposed on same-sex partners under other legislation.

48 In the government's factum and in its oral argument there was no reference to evidence before the trial judge supporting the matching of benefits and obligations argument. The reasons of the trial judge and the Court of Appeal make no reference to the matching argument. It appears that this argument was raised for the first time in this Court.

49 We acknowledge that there may be cases in which the pressing and substantial objective of legislation and the impugned provisions are obvious and may be deduced from the legislation itself. However, in the majority of cases, in order to satisfy the pressing and substantial objective test, the government must adduce some evidence to support its argument.

50 In the case of s. 44(1.1), the issue is one of eligibility only. It is not a provision that purports to make benefits retroactive or that would confer a lump-sum windfall on a survivor. Therefore, it is not obvious why the matching argument supports the limitation imposed by s. 44(1.1).

51 The government seems to relate the January 1, 1998 eligibility date in the *CPP* to provisions of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), allowing for a three-year limitation period for the government to re-assess or the individual to refile individual tax returns under that Act. Again, it is not clear why re-assessment or refiling under the *Income Tax Act* would have any relation to eligibility under the *CPP*. The eligibility date of January 1, 1998 in the *CPP* has no bearing on income of years prior to 2000 which is the first year in which same-sex survivors would actually receive *CPP* benefits. Therefore the matching argument relying on limitation periods in the *Income Tax Act* is perplexing.

conjoints de même sexe ne jouissaient d'aucun droit, il plaide maintenant que l'objectif urgent et réel du par. 44(1.1) réside dans la correspondance entre les prestations accordées aux conjoints de même sexe par le *RPC* et les obligations que leur imposent d'autres lois.

Ni dans son mémoire ni dans sa plaidoirie le gouvernement ne fait mention d'éléments de preuve présentés à la juge de première instance à l'appui de cette prétendue correspondance entre prestations et obligations. Ni les motifs de la juge de première instance ni ceux de la Cour d'appel ne traitent de cet argument. Il appert que cette thèse a été formulée pour la première fois devant notre Cour.

Il arrive que l'objectif urgent et réel de la loi et des dispositions attaquées soit évident et puisse se déduire de la loi elle-même. Toutefois, dans la plupart des cas, le gouvernement doit offrir des éléments de preuve à l'appui de sa prétention.

Le paragraphe 44(1.1) ne porte que sur l'admissibilité aux prestations. Il ne rend pas une prestation rétroactive ni ne prévoit le versement exceptionnel d'une somme forfaitaire à un survivant. En conséquence, on ne saisit pas d'emblée en quoi la thèse de la correspondance étaye la restriction qu'il établit.

Le gouvernement semble relier la date d'admissibilité du 1^{er} janvier 1998 à la période de trois ans accordée par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), pour l'établissement d'une nouvelle cotisation par le gouvernement ou le dépôt d'une nouvelle déclaration par un particulier. Encore une fois, on ne discerne pas clairement le lien entre une nouvelle cotisation fiscale ou déclaration de revenus et l'admissibilité au *RPC*. Le choix du 1^{er} janvier 1998 comme date d'admissibilité aux prestations n'influe pas sur le revenu des années antérieures à 2000, soit la première année où les conjoints survivants de même sexe ont pu toucher des prestations. Par conséquent, la thèse de la correspondance à certaines limites dans le temps prévues par la *Loi de l'impôt sur le revenu* laisse perplexe.

If there was something to the matching argument in respect of eligibility, one would think that s. 44(1.1) would not have made the eligibility date January 1, 1998, but rather would have related it to the date the legislation came into force, July 2000. The fact that the government saw no difficulty in granting eligibility as of January 1, 1998 suggests that matching cannot be considered to be a pressing and substantial objective of s. 44(1.1).

We do not say that in an appropriate case the matching of benefits and obligations may not be a pressing and substantial objective of limits on the extension of social benefit legislation. We also acknowledge the government's argument that there are complex relationships between income tax credits, pensions, supplements and other entitlements, often based on conjugal relationships. But it is not enough to make general reference to these relationships. There must be an explanation supported by relevant evidence as to what those relationships are, why they are relevant and why they justify the limit on the *Charter* right that has been found to be violated.

The absence of evidence justifying the matching argument also precludes a finding of rational connection between s. 44(1.1) and its objective. Without evidence, it is impossible to understand why s. 44(1.1) is rationally connected to the matching of benefits and obligations. For the same reason there is no evidence as to why s. 44(1.1) is minimally impairing of the s. 15 right to which same-sex survivors have been found to be entitled.

More than a vague argument raised for the first time in this Court by the government will be necessary if a s. 1 argument is to succeed. It cannot succeed in this case. Because the government has failed to establish the pressing and substantial objective of the provision, its rational connection to its objective and that it minimally impairs the Hislop class's *Charter* rights, its argument fails in respect of s. 44(1.1) of the *CPP*.

Si cette thèse possédait quelque fondement, le législateur aurait fait correspondre le début de l'admissibilité à l'entrée en vigueur de la loi en juillet 2000, et non au 1^{er} janvier 1998. Le fait que le gouvernement n'a pas vu d'inconvénient à fixer la date d'admissibilité au 1^{er} janvier 1998 laisse penser que cette correspondance ne peut être considérée comme un objectif urgent et réel du par. 44(1.1).

Néanmoins, la correspondance entre le droit à des prestations et les obligations peut, dans certains cas, constituer un objectif urgent et réel de la limitation de l'admissibilité à des prestations sociales. Nous convenons en outre avec le gouvernement que l'existence d'une relation conjugale tisse souvent des liens complexes entre crédits d'impôt, pensions, prestations supplémentaires et autres droits. Il ne suffit toutefois pas d'invoquer ces liens de façon générale. Il faut, preuve à l'appui, préciser leur nature et leur pertinence et indiquer en quoi ils justifient la restriction du droit garanti par la *Charte* auquel il a été porté atteinte.

L'absence d'éléments de preuve à l'appui de la thèse de la correspondance empêche également de conclure à l'existence d'un lien rationnel entre le par. 44(1.1) et son objectif. Faute d'éléments de preuve, il est impossible de comprendre en quoi cette disposition a un lien rationnel avec la correspondance entre le droit des intéressés à des prestations et leurs obligations. Pour la même raison, il n'est pas établi en quoi le par. 44(1.1) porte atteinte le moins possible au droit fondé sur l'art. 15 reconnu aux conjoints survivants de même sexe.

La justification d'une limitation au regard de l'article premier exige davantage qu'une thèse floue comme celle dont le gouvernement nous a réservé la primeur. Elle ne peut être retenue en l'espèce. Parce qu'il n'a pas démontré que la disposition avait un objectif urgent et réel, qu'elle avait un lien rationnel avec cet objectif et qu'elle portait le moins possible atteinte aux droits que garantit la *Charte* aux membres du groupe Hislop, notre Cour ne peut faire droit à la prétention du gouvernement à propos du par. 44(1.1) du *RPC*.

52

53

54

55

B. *Section 72(2)*

56 Section 72(2) became effective in July 2000. The earliest month for which survivorship benefits may be payable to a survivor of a same-sex relationship is therefore July 2000.

57 The Hislop class says that s. 72(2) is to be contrasted with s. 72(1) which is the provision which applies generally to all survivors eligible for *CPP* survivorship pensions. Section 72(1) provides that, in the general case, survivorship pension arrears are payable for a period of up to 12 months preceding the month following the month in which the application for the pension was received.

58 After June 2001, survivors of same-sex and opposite-sex relationships are equally entitled to up to 12 months of arrears benefits under s. 72(1). However, s. 72(2) provides that, in the transitional period from July 2000 to June 2001, same-sex survivors could not access arrears prior to July 2000. By reason of s. 72(2), same-sex and opposite-sex survivors are treated differently in that transitional period.

59 The government makes the same “comparator group” argument in respect of s. 72(2) as it did in respect of s. 44(1.1). It says the *MBOA* amendments did not differentiate between same-sex and opposite-sex couples but rather between two groups of survivors of same-sex relationships based on the date on which the relationship ended as a result of the death of one of the partners.

60 The government is correct that s. 72(2) creates a temporal distinction. But that does not make its choice of comparator group correct. The appropriate comparison is between same-sex and opposite-sex survivors who applied for the survivor’s pensions between July 2000 and June 2001. As with s. 44(1.1), the government’s challenge to the s. 15(1) decision of the Court of Appeal is based solely on the choice of comparator group and the evolutionary recognition of analogous grounds. For the reasons we have expressed in our analysis of the s. 15(1) arguments in respect of s. 44(1.1), we do

B. *Le paragraphe 72(2)*

Le paragraphe 72(2) est entré en vigueur en juillet 2000. Un conjoint de même sexe ne peut donc toucher la pension de survivant qu’à partir de ce mois.

Le groupe Hislop soutient qu’il faut comparer le par. 72(2) au par. 72(1), la disposition qui s’applique généralement à tous les conjoints admissibles et qui prévoit que la pension de survivant est payable rétroactivement sur une période d’au plus 12 mois à compter du mois qui suit celui de la réception de la demande.

À compter de juin 2001, le conjoint survivant de même sexe et celui de sexe différent ont tous deux droit à au plus 12 mois de prestations rétroactives en application du par. 72(1). Toutefois, le par. 72(2) prévoit que, pendant la période transitoire allant de juillet 2000 à juin 2001, le conjoint survivant de même sexe ne peut toucher de prestations pour un mois antérieur à juillet 2000. Pendant cette période transitoire, le conjoint survivant de même sexe et celui de sexe différent se trouvent traités différemment à cause du par. 72(2).

Le gouvernement propose à l’égard du « groupe de comparaison » le même argument que pour le par. 44(1.1), soit que les modifications apportées par la *LMRAO* distinguent non pas entre les conjoints de même sexe et ceux de sexe différent, mais bien entre deux groupes de conjoints survivants de même sexe, selon la date du décès qui a mis fin à la relation.

Le gouvernement a raison d’affirmer que le par. 72(2) établit une distinction temporelle, mais le groupe de comparaison qu’il propose n’est pas approprié pour autant. En effet, la comparaison doit se faire entre les conjoints de même sexe et ceux de sexe différent qui ont présenté une demande de pension de survivant entre juillet 2000 et juin 2001. Comme dans le cas du par. 44(1.1), le gouvernement n’invoque que le groupe de comparaison retenu et la reconnaissance graduelle de motifs analogues à l’encontre de la décision de la Cour d’appel sur l’application du par. 15(1). Pour les

not find merit in the government's submissions in respect of s. 72(2).

With respect to s. 1, the government seems to make two arguments in support of s. 72(2). One is that the general principle is that legislation operates from the time of enactment forward and that this approach is consistent with prior amendments to the *CPP*. The other is that the focus was to fix the liability of the *CPP* as of July 2000.

We agree that remedial legislation generally operates prospectively. However, the only effect of striking down s. 72(2) is to render s. 72(1) applicable to survivors of same-sex conjugal relationships during the July 2000 to June 2001 period. For those same-sex survivors who applied for survivors' pensions during that time, they, like opposite-sex survivors, could be entitled to up to 12 months of arrears depending upon when the contributor died.

The effect of s. 72(1) applying to same-sex survivors during the period from July 2000 to June 2001 means that survivors who applied during that period could be entitled to arrears, at most, back to August 1999. While the striking down of s. 72(2) will grant access of up to 12 months of pension arrears, this is a result of retroactive benefits which Parliament itself granted by enacting s. 72(1).

We recognize that costs may be a factor in a s. 1 analysis. The government says that July 2000 was selected in order to fix the liability of the *CPP* as of that date. However, as of July 2000, the *CPP* had to anticipate up to 12 months of arrears liability arising from opposite-sex relationships. The government did not refer to evidence to suggest that cost was the reason to deny same-sex survivors up to

motifs exposés dans notre analyse de la constitutionnalité du par. 44(1.1) au regard du par. 15(1), nous jugeons non fondée la prétention du gouvernement relative au par. 72(2).

Au sujet de la justification du par. 72(2) au regard de l'article premier, le gouvernement semble avancer deux arguments. Il soutient d'abord que, suivant un principe général, la loi dispose pour l'avenir à compter de son adoption, ce qui est compatible avec les modifications antérieures apportées au *RPC*. Il plaide par ailleurs que l'objectif principal était de faire naître l'obligation du *RPC* au mois de juillet 2000.

Les lois correctives s'appliquent généralement pour l'avenir, nous en convenons. Toutefois, l'invalidation du par. 72(2) aurait uniquement pour effet de rendre le par. 72(1) applicable aux conjoints survivants de même sexe pour la période allant de juillet 2000 à juin 2001. Les conjoints survivants de même sexe qui ont présenté une demande de pension de survivant pendant cette période pourraient avoir droit, à l'instar des conjoints survivants de sexe différent, à des prestations rétroactives sur une période d'au plus 12 mois, selon la date du décès du cotisant.

L'application du par. 72(1) aux conjoints survivants de même sexe entre juillet 2000 et juin 2001 signifierait que ceux qui ont présenté une demande pendant cette période pourraient avoir droit à des prestations rétroactives à compter du mois d'août 1999 tout au plus. Le droit à une pension rétroactive sur une période d'au plus 12 mois que conférerait l'invalidation du par. 72(2) découle en fait de la rétroactivité que le législateur a lui-même prévue au par. 72(1).

Les coûts peuvent certes être pris en compte dans l'analyse fondée sur l'article premier. Le législateur aurait voulu faire naître l'obligation du *RPC* en juillet 2000. À cette date, toutefois, le *RPC* devait prévoir l'obligation de verser aux conjoints survivants de sexe différent jusqu'à 12 mois de prestations rétroactives. Le gouvernement n'a invoqué aucun élément de preuve de nature à démontrer que

61

62

63

64

12 months of benefit arrears during the transitional period.

65 We are not persuaded that, in the circumstances of this case, s. 72(2) is justified under s. 1 of the *Charter*. Access of up to 12 months of arrears payments prior to July 2000 is provided by existing legislation, namely s. 72(1). Parliament itself has provided for limited retroactive benefits. Where the issue is solely whether *Charter* relief claimants should be entitled to the same retroactive benefits expressly available to their comparator group, absent cost considerations, it is difficult to see how denial of these benefits has a pressing and substantial objective. Here, there is an absence of evidence of cost justifying the provision. In the circumstances, we cannot find there is a rational connection between s. 72(2) and its objective, or indeed, that s. 72(2) minimally impairs the *Charter* rights of the Hislop class.

66 The government has failed to establish a s. 1 justification for s. 72(2).

C. *Section 72(1)*

67 Because we have found that s. 72(2) violates s. 15(1) and is not saved by s. 1 of the *Charter*, same-sex survivors will be entitled to up to 12 months of pension arrears for the period from August 1999 to July 2000, pursuant to s. 72(1).

68 However, the Hislop class takes issue with s. 72(1) itself. The Hislop class argues that although s. 72(1) is facially neutral, its 12-month limitation on pension arrears has an adverse effect on same-sex survivors. It says that same-sex survivors were unable, prior to July 2000, to make a claim for survivorship benefits. Based upon s. 44(1.1) and s. 72(2) being struck down, it is argued that same-sex survivors

le coût de la mesure expliquait le refus de verser aux conjoints survivants de même sexe jusqu'à 12 mois de prestations rétroactives pendant le période transitoire.

Vu les circonstances de l'espèce, nous ne sommes pas convaincus que le par. 72(2) est justifié au regard de l'article premier de la *Charte*. Une disposition existante — le par. 72(1) — prévoit que le droit à au plus 12 mois de prestations peut rétroagir avant juillet 2000. Ainsi, le législateur a lui-même prévu des prestations rétroactives limitées. Lorsqu'il s'agit uniquement de déterminer si ceux qui demandent réparation sur le fondement de la *Charte* devraient avoir droit aux prestations rétroactives expressément accordées au groupe de comparaison, indépendamment de toute considération liée au coût, il est difficile de voir un objectif urgent et réel dans le refus de telles prestations. En l'espèce, aucune preuve relative au coût n'a été présentée pour justifier la disposition. Nous ne pouvons donc conclure qu'il existe un lien rationnel entre le par. 72(2) et son objectif ni même que cette disposition porte le moins possible atteinte aux droits que garantit la *Charte* aux membres du groupe Hislop.

Le gouvernement n'a pas démontré que le par. 72(2) était justifié au regard de l'article premier.

C. *Le paragraphe 72(1)*

En raison de notre conclusion selon laquelle le par. 72(2) viole le par. 15(1) sans être sauvegardé par l'article premier de la *Charte*, les conjoints survivants de même sexe ont droit, en application du par. 72(1), à au plus 12 mois de prestations rétroactives pour la période allant d'août 1999 à juillet 2000.

Cependant, le groupe Hislop conteste même le par. 72(1). Il soutient que cette disposition n'est pas discriminatoire à première vue, mais que la limite de 12 mois a un effet préjudiciable sur le conjoint survivant de même sexe, car il lui était impossible de présenter une demande de pension de survivant avant juillet 2000. Il ajoute que si les par. 44(1.1) et 72(2) sont invalidés, le droit à pension

should be entitled to claim retroactive benefits from the time they became survivors after April 17, 1985 when s. 15(1) of the *Charter* came into force. For example, if an individual became a survivor of a same-sex relationship in 1995, the survivor should be entitled to a lump sum of benefits for the period from 1995 to the time the application was received. The Hislop class argues that the operation of s. 72(1) should be suspended for same-sex survivors to enable them to obtain those retroactive benefits.

Although the Hislop class frames the s. 72(1) argument as an adverse effect discrimination claim, the issue which the argument raises is, in fact, one of remedy. What the Hislop class is seeking is retroactive *Charter* relief. Their request for a constitutional exemption from the limitation on arrears in s. 72(1) is, in effect, a request for a remedy in respect of their exclusion from the survivors' benefits by the pre-*MBOA CPP* between 1985 and 2000. As will be explained hereafter, this Court has been explicit in restricting entitlement to retroactive *Charter* relief of this nature. Because the remedy sought by the Hislop class is unavailable in any event, it is not necessary to undertake a s. 15(1) analysis in respect of s. 72(1).

D. Section 60(2)

Where a survivor entitled to a survivor's *CPP* pension dies without making application for that pension, the survivor's estate may apply and obtain the pension benefit to which the survivor would have been entitled, provided the estate makes application within 12 months after the death of the survivor. The Hislop class submits that, because some same-sex survivors had been deceased for over 12 months when the *MBOA* amendments to the *CPP* came into effect, their estates should be able to apply for the benefits to which the survivors would have been entitled and that the 12-month limitation in s. 60(2) should be suspended so as not to bar such estate claims.

devrait rétroagir à la date, postérieure à l'entrée en vigueur du par. 15(1) de la *Charte* le 17 avril 1985, à laquelle est décédé le conjoint cotisant. Par exemple, le conjoint de même sexe devenu conjoint survivant en 1995 devrait avoir droit à une prestation forfaitaire pour la période comprise entre la date du décès en 1995 et celle de la réception de la demande. Selon le groupe Hislop, il conviendrait de suspendre l'application du par. 72(1) aux conjoints survivants de même sexe pour leur permettre d'obtenir une telle prestation rétroactive.

Bien que le groupe Hislop argumente que sa contestation du par. 72(1) repose sur l'effet préjudiciable discriminatoire de la loi, dans les faits, la question qu'il soulève est celle de la réparation. Sa demande vise l'obtention d'une réparation rétroactive fondée sur la *Charte*. L'exemption constitutionnelle de l'application du par. 72(1), qui limite la rétroactivité des prestations, constituerait en réalité une réparation pour l'inadmissibilité de ses membres à la prestation de survivant entre 1985 et 2000 suivant les dispositions du *RPC* antérieures à la *LMRAO*. Comme nous l'expliquons plus loin, notre Cour a expressément limité le droit à une réparation rétroactive de cette nature fondée sur la *Charte*. La réparation sollicitée par le groupe Hislop ne pouvant de toute manière être accordée, il n'est donc pas nécessaire d'analyser le par. 72(1) à la lumière du par. 15(1).

D. Le paragraphe 60(2)

En cas de décès d'un conjoint admissible avant la présentation d'une demande de pension de survivant, sa succession peut prendre le relais et obtenir les prestations auxquelles il aurait eu droit en application du *RPC*, à condition que la demande soit soumise dans les 12 mois du décès du conjoint survivant. Puisque certains conjoints survivants de même sexe étaient décédés depuis plus de 12 mois lors de l'entrée en vigueur des modifications du *RPC* par la *LMRAO*, le groupe Hislop prétend que leurs successions devraient pouvoir demander les prestations auxquelles les défunts auraient eu droit et que l'application du délai imparti au par. 60(2) devrait être suspendue afin de ne pas faire obstacle à leurs demandes.

71 The threshold issue is whether the estates of those survivors who died more than 12 months before the coming into force of the *MBOA* amendments to the *CPP* may have standing to claim a s. 15(1) *Charter* right on behalf of the deceased survivor. Only if they have such standing may the Court even entertain an argument that s. 60(2) should not apply to such estates. The Hislop class relies on *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 322-23. *Big M Drug Mart* dealt with s. 2 of the *Charter* which uses the term “[e]veryone”. The term used in s. 15(1) is more precise and narrower, as it allows rights to “[e]very individual”.

72 The government submits, on the basis of the British Columbia Court of Appeal judgment in *Stinson Estate v. British Columbia* (1999), 70 B.C.L.R. (3d) 233, 1999 BCCA 761, that s. 15(1) rights cannot be enforced by an estate because those rights are personal and terminate with the death of the affected individual. The government also submits that estates are not individuals but artificial entities incapable of having their human dignity infringed. In addition, the government relies on the Special Joint Committee on the Constitution (see *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada* (1980-81), Issue No. 43, January 22, 1981, at pp. 43:39-43:44; see also Issue No. 44, January 23, 1981, at pp. 44:6-44:10; Issue No. 47, January 28, 1981, at p. 47:88; and Issue No. 48, January 29, 1981, at pp. 48:4-48:49), which substituted the words “every individual” for “everyone” in s. 15(1) in response to the Minister of Justice’s desire “to make it clear that this right would apply to natural persons only” (p. 43:41). The government further argues that this Court has held that s. 15(1) rights could not be claimed by other entities such as corporations (see *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1382, *per* La Forest J.).

73 In our opinion, the government’s submissions have merit. In the context in which the claim is made here, an estate is just a collection of assets and liabilities of a person who has died. It is not an individual and it has no dignity that may be

La question préliminaire est de déterminer si la succession d’un conjoint survivant décédé plus de 12 mois avant l’entrée en vigueur des modifications a qualité pour invoquer au nom du défunt un droit garanti au par. 15(1) de la *Charte*. Seule une réponse affirmative permettra à notre Cour d’examiner la prétention que le par. 60(2) ne devrait pas s’appliquer à la succession. Le groupe Hislop s’appuie sur l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 322-323. Or, cet arrêt porte sur l’art. 2 de la *Charte*, dont la version anglaise emploie le mot « [e]veryone », alors que le par. 15(1) accorde des droits à « [e]very individual », expression plus précise et davantage ciblée.

S’appuyant sur l’arrêt *Stinson Estate c. British Columbia* (1999), 70 B.C.L.R. (3d) 233, 1999 BCCA 761, de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, le gouvernement soutient que la succession ne saurait exercer les droits garantis au par. 15(1) parce qu’il s’agit de droits individuels qui s’éteignent au décès du titulaire. Il ajoute qu’elle n’est pas une personne physique mais une entité fictive dont la dignité humaine n’est pas susceptible d’atteinte. Il invoque également les travaux du Comité mixte spécial sur la Constitution (voir *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada* (1980-1981), fascicule n° 43, 22 janvier 1981, p. 43:39-43:44; voir aussi fascicule n° 44, 23 janvier 1981, p. 44:6-44:10; fascicule n° 47, 29 janvier 1981, p. 47:88; fascicule n° 48, 29 janvier 1981, p. 48:4-48:49), qui a remplacé le mot « everyone » (tous) par « every individual » (chaque individu) au par. 15(1) pour exaucer le vœu du ministre de la Justice d’« assurer que le droit en question ne s’applique qu’à des personnes physiques » (p. 43:41). Il ajoute que notre Cour a statué que d’autres entités, comme les personnes morales, ne pouvaient bénéficier des droits garantis au par. 15(1) (voir l’arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1382, le juge La Forest).

Selon nous, les arguments du gouvernement sont fondés. Dans le contexte de la demande formulée en l’espèce, la succession ne constitue que l’ensemble des éléments d’actif et de passif du défunt. Elle ne s’assimile pas à une personne physique et sa dignité

infringed. The use of the term “individual” in s. 15(1) was intentional. For these reasons, we conclude that estates do not have standing to commence s. 15(1) *Charter* claims. In this sense, it may be said that s. 15 rights die with the individual.

Mr. Hislop’s individual situation, however, is different. Although he died between the time his notice of appeal was filed in this Court and the hearing of this appeal, he obtained judgment while he was still alive.

When a judgment is obtained, the cause of action upon which the judgment is based is merged in the judgment: *Lew v. Lee*, [1924] S.C.R. 612, aff’d on this point [1925] A.C. 819 (P.C.); *Reid v. Batty*, [1933] O.W.N. 496 (H.C.J.), aff’d [1933] O.W.N. 817 (C.A.). In *Lew*, Anglin C.J. explained that, because of the doctrine of merger, the issue in an appeal is not the original cause of action but rather the legality and validity of the judgment. As such, where a party dies pending appeal, the appeal survives even if the original cause of action would not.

It should be noted that Anglin C.J. relied in part on a provision in the British Columbia *Supreme Court Rules* (currently r. 15(2)), which provided that whether a cause of action survives or not, the death of either party between verdict or finding of the issues of fact and judgment will not give rise to abatement and that judgment may be entered notwithstanding death. He reasoned that, *a fortiori*, the right to enforce a judgment or defend it on appeal must also survive. In our view, his analysis is applicable in the instant case irrespective of any legislative provision. Although s. 15(1) rights are personal, the constitutional issues raised here are issues of public importance. Given the public interest in ensuring that questions of law related to such rights be correctly decided, an appeal from a judgment raising such issues must be allowed to survive the party’s death pending the appeal.

ne peut faire l’objet d’une atteinte. L’emploi du mot « *individual* » dans la version anglaise du par. 15(1) est intentionnel. C’est pourquoi nous sommes d’avis que la succession n’a pas qualité pour intenter un recours fondé sur le par. 15(1) de la *Charte*. On peut donc dire que les droits conférés à l’art. 15 s’éteignent au décès de leur titulaire.

Toutefois, la situation particulière de M. Hislop est différente. Bien que son décès soit survenu entre le dépôt de l’avis d’appel devant notre Cour et l’audition du pourvoi, M. Hislop a obtenu jugement de son vivant.

Lorsqu’un jugement a été rendu, le droit d’action sur lequel il repose se confond avec lui : *Lew c. Lee*, [1924] R.C.S. 612, confirmé sur ce point par [1925] A.C. 819 (C.P.); *Reid c. Batty*, [1933] O.W.N. 496 (H.C.), confirmé par [1933] O.W.N. 817 (C.A.). Dans l’arrêt *Lew*, le juge en chef Anglin a précisé qu’en raison de la théorie de la fusion, l’appel met en cause la légalité et la validité du jugement, et non le droit d’action initial. Ainsi, lorsqu’une partie décède, l’appel en instance suit son cours même si le droit d’action initial s’éteint.

Il convient de noter que le juge en chef Anglin s’est appuyé en partie sur une disposition des règles de procédure de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (qui correspond à l’actuel par. 15(2)). Selon cette disposition, que le droit d’action subsiste ou non, le décès de l’une ou l’autre des parties entre la décision ou la conclusion relative aux faits et le jugement n’entraîne pas l’extinction de l’instance, et jugement peut néanmoins être rendu. Le juge en chef Anglin a précisé qu’à plus forte raison, le droit de faire exécuter un jugement ou de le défendre en appel doit subsister lui aussi. À notre avis, son analyse s’applique en l’espèce indépendamment de toute disposition législative. Par ailleurs, en dépit du caractère personnel des droits garantis au par. 15(1), les questions constitutionnelles soulevées en l’espèce sont d’intérêt public. Comme il est dans l’intérêt général de statuer correctement sur les questions juridiques touchant à ces droits, il faut que l’appel d’un jugement soulevant de telles questions puisse suivre son cours malgré le décès de la partie pendant l’instance.

74

75

76

77

Although the preceding comments are sufficient to dispose of the issue in relation to Mr. Hislop himself, because this is a class action, it is appropriate to clarify with more precision the time at which s. 15(1) rights crystallize. Merger, as we have explained, occurs when judgment is entered. Nevertheless, it is a long-standing principle of law that a litigant should not be prejudiced by an act of the court (*actus curiae neminem gravabit*): *Turner v. London and South-Western Railway Co.* (1874), L.R. 17 Eq. 561. Based on this principle, in cases where a plaintiff has died after the conclusion of argument but before judgment was entered, courts have entered judgment *nunc pro tunc* as of the date that argument concluded: see *Gunn v. Harper* (1902), 3 O.L.R. 693 (C.A.); *Hubert v. DeCamillis* (1963), 41 D.L.R. (2d) 495 (B.C.S.C.); *Monahan v. Nelson* (2000), 186 D.L.R. (4th) 193, 2000 BCCA 297. We affirm the correctness of this approach and conclude that the estate of any class member who was alive on the date that argument concluded in the Ontario Superior Court, and who otherwise met the requirements under the *CPP*, is entitled to the benefit of this judgment.

E. Remedies

78

We now turn to the question of remedy. In challenging s. 72(1) of the *CPP*, the appellants seek a fully retroactive remedy. They argue that a declaration of invalidity under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* necessarily operates back to the coming into force of s. 15 of the *Charter*. In order to determine the validity of this claim, we must first consider the nature of constitutional remedies and the circumstances under which courts may limit a retroactive remedy and craft a prospective remedy. In the present appeal, we conclude that a prospective remedy would be appropriate. A retroactive remedy would be unwarranted in respect of s. 72(1) *CPP*. We will also determine the appropriate remedies in respect of s. 44(1.1) and s. 72(2) *CPP*.

79

In substance, the position of the appellants is predicated on the traditional — often called Blackstonian — view that judges never make law,

Les remarques qui précèdent permettent de trancher la question à l'égard de M. Hislop, mais comme il s'agit d'un recours collectif, il convient de préciser à quel moment se cristallisent les droits garantis au par. 15(1). Nous avons expliqué qu'il y a fusion lorsque le jugement est rendu. Néanmoins, il est bien établi en droit que nulle mesure judiciaire ne doit porter préjudice à une partie au litige (*actus curiae neminem gravabit*): *Turner c. London and South-Western Railway Co.* (1874), L.R. 17 Eq. 561. Suivant ce principe, lorsque le demandeur décède après les plaidoiries mais avant le jugement, les cours de justice font rétroagir le jugement (*nunc pro tunc*) à la date de conclusion des plaidoiries : voir *Gunn c. Harper* (1902), 3 O.L.R. 693 (C.A.); *Hubert c. DeCamillis* (1963), 41 D.L.R. (2d) 495 (C.S.C.-B.); *Monahan c. Nelson* (2000), 186 D.L.R. (4th) 193, 2000 BCCA 297. Nous confirmons la justesse de cette approche et concluons que la succession de tout membre du groupe qui était vivant le jour où les plaidoiries ont pris fin en Cour supérieure de l'Ontario et qui satisfaisait par ailleurs aux exigences du *RPC* peut bénéficier du jugement.

E. Réparations

Nous abordons maintenant la question de la réparation. En contestant le par. 72(1) du *RPC*, les appelants visent l'obtention d'une réparation entièrement rétroactive. Ils soutiennent qu'une déclaration d'invalidité fondée sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* rétroagit nécessairement à l'entrée en vigueur de l'art. 15 de la *Charte*. Pour juger du bien-fondé de cette prétention, il faut d'abord considérer la nature de la réparation constitutionnelle et les circonstances dans lesquelles le tribunal peut limiter sa portée rétroactive et la rendre uniquement valable pour l'avenir. Nous estimons qu'il y a lieu d'accorder en l'espèce une réparation pour l'avenir. Le paragraphe 72(1) du *RPC* ne justifie pas l'octroi d'une réparation rétroactive. Nous nous pencherons également sur les réparations qui s'imposent à l'égard des par. 44(1.1) et 72(2).

La thèse des appelants procède essentiellement de la conception classique — souvent appelée blackstonienne — selon laquelle les juges ne créent

but merely discover it. In this perspective, the courts are said to apply the law as it really was or has been rediscovered. As a consequence of the declaration of nullity, the appellants claim that they are entitled to the full benefits of the law, in conformity with an understanding of the Constitution, which is deemed to have never changed.

The supremacy clause, now enshrined at s. 52, is silent about the remedies which may flow from a declaration of nullity. Does it mean that such a declaration is always both prospective and retroactive? This does not appear to have been the position of our Court throughout the incremental development of the law of constitutional remedies after the adoption of the *Charter*. A body of jurisprudence now accepts the legitimacy of limiting the retroactive effect of a declaration of nullity and of fashioning prospective remedies in appropriate circumstances.

(1) Retroactive and Prospective Remedies Under the Charter

The Constitution empowers courts to issue constitutional remedies with *both* retroactive and prospective effects: see, e.g., *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 719. Section 24(1) of the *Charter* enables individuals who have had their *Charter* rights violated to seek redress for those past wrongs and “obtain such remedy as the court considers appropriate and just”. Section 24(1) may also, in some situations, enable the claimant to recover damages, which are necessarily retroactive: *Schachter*, at pp. 725-26.

Section 52(1) instructs courts to declare unconstitutional legislation of no force or effect. When a court issues a declaration of invalidity, it declares that, henceforth, the unconstitutional law cannot be enforced. The nullification of a law is thus prospective. However, s. 52(1) may also operate retroactively so far as the parties are concerned, reaching into the past to annul the effects of the unconstitutional law: see, e.g., *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418.

pas le droit mais ne font que le découvrir, de sorte que les tribunaux appliquent le droit qui existait en réalité ou qu'ils redécouvrent. Les appelants prétendent qu'une déclaration de nullité leur donne droit au bénéfice de la loi dans son intégralité, selon une interprétation de la Constitution qui est réputée n'avoir jamais varié.

L'article 52, qui consacre la primauté de la Constitution, ne prévoit rien au sujet des réparations pouvant faire suite à une déclaration de nullité. Faut-il en conclure qu'une telle déclaration vaut toujours à la fois pour l'avenir et pour le passé? Notre Cour ne semble pas avoir opiné dans ce sens au cours de l'élaboration graduelle du droit des réparations constitutionnelles qui a suivi l'adoption de la *Charte*. Un courant de la jurisprudence reconnaît désormais l'opportunité, lorsque les circonstances s'y prêtent, de restreindre la portée rétroactive d'une déclaration de nullité et d'accorder une réparation pour l'avenir.

(1) Rétroactivité ou non-rétroactivité de la réparation constitutionnelle

La Constitution confère au tribunal le pouvoir d'accorder une réparation constitutionnelle valant *à la fois* pour le passé et pour l'avenir : voir, par ex., *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 719. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* reconnaît à la personne dont les droits constitutionnels ont été violés le droit d'ester en justice pour « obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste ». Dans certains cas, il lui permet aussi de toucher des dommages-intérêts, ce qui constitue une réparation nécessairement rétroactive : *Schachter*, p. 725-726.

Suivant le par. 52(1), le tribunal doit déclarer inopérante une disposition législative inconstitutionnelle, qui cesse dès lors de s'appliquer. L'annulation vaut donc pour l'avenir. Toutefois, le par. 52(1) peut également avoir une portée rétroactive au bénéfice des parties et remonter dans le passé pour annuler les effets d'une disposition inconstitutionnelle : voir, par ex., *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

80

81

82

83 This Court has applied in many cases the “declaratory approach” to constitutional remedies, which implies that s. 52(1) remedies are often given retroactive effect. See, for example, *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54, at para. 28, Gonthier J. On this view, s. 52(1) remedies are deemed to be fully retroactive because the legislature never had the authority to enact an unconstitutional law. In the words of Professor Hogg, a declaration of constitutional invalidity “involves the nullification of the law from the outset” (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 55-2 (emphasis added)). If the law was invalid from the outset, then any government action taken pursuant to that law is also invalid, and consequently, those affected by it have a right to redress which reaches back into the past.

84 As mentioned above, the declaratory approach is derived from Blackstone’s famous aphorism that judges do not create law but merely discover it: W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765), vol. 1, at pp. 69-70. It reflects a traditional and widespread understanding of the role of the judiciary in a democratic state governed by strong principles of separation of powers between courts, legislatures and executives. In this perspective, courts grant retroactive relief applying existing law or rediscovered rules which are deemed to have always existed. On the other hand, legislators fashion new laws for the future.

85 Blackstone’s declaratory approach has not remained unchallenged in modern law. Commentators and courts have pointed out that judges fulfill a legitimate law-making function. Judges do not merely declare law; they also make law. These critics argue that Blackstone’s view is a fiction as judges make law, especially in the common law world. See, e.g., Lord Reid, “The Judge as Law Maker” (1972-1973), 12 *J.S.P.T.L.* 22. They say such a fiction should not be turned into an ironclad principle.

Dans nombre d’affaires, notre Cour a appliqué la « théorie déclaratoire » à la réparation constitutionnelle, conférant ainsi souvent un effet rétroactif à la réparation fondée sur le par. 52(1). Voir, p. ex., l’arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, par. 28, le juge Gonthier. Dans cette optique, la réparation fondée sur le par. 52(1) est tenue pour pleinement rétroactive, le législateur n’ayant jamais eu le pouvoir d’édicter une disposition inconstitutionnelle. Pour citer le professeur Hogg, une déclaration d’inconstitutionnalité [TRADUCTION] « entraîne l’annulation du texte dès le départ » (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 55-2 (nous soulignons)). Si le texte de loi était invalide dès l’origine, toute action gouvernementale qu’il a fondée se trouve aussi invalide. Par conséquent, les personnes lésées ont droit à une réparation dont les effets remontent dans le passé.

Rappelons que la théorie déclaratoire est issue du célèbre aphorisme de Blackstone : les juges ne créent pas le droit mais ne font que le découvrir (W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765), vol. 1, p. 69-70). Elle exprime une conception classique et fort répandue du rôle des tribunaux dans un État démocratique, fondée sur le souci de préserver une stricte séparation des pouvoirs judiciaire, législatif et exécutif. Ainsi, le tribunal accorde une réparation rétroactive en appliquant le droit existant ou une règle redécouverte qui est réputée avoir toujours existé, tandis que le législateur élabore de nouvelles lois pour l’avenir.

La théorie déclaratoire de Blackstone n’a pas échappé à la critique jusqu’à ce jour. Auteurs et tribunaux ont fait valoir que l’ordre judiciaire remplit une fonction législative légitime. Les juges ne font pas que dire le droit; ils l’élaborent également. Selon ses critiques, la théorie de Blackstone ne représente qu’une fiction, car les juges créent le droit, en particulier dans les ressorts de common law. Voir, p. ex., lord Reid, « The Judge as Law Maker » (1972-1973), 12 *J.S.P.T.L.* 22, et il faut se garder de faire un principe absolu de cette fiction.

However, this acknowledgement does not require abandoning Blackstone's declaratory approach altogether. The critique of the Blackstonian approach applies only to situations in which judges are fashioning new legal rules or principles and not when they are applying the existing law. In instances where courts apply pre-existing legal doctrine to a new set of facts, Blackstone's declaratory approach remains appropriate and remedies are necessarily retroactive. Because courts are adjudicative bodies that, in the usual course of things, are called upon to decide the legal consequences of past happenings, they generally grant remedies that are retroactive to the extent necessary to ensure that successful litigants will have the benefit of the ruling: see S. Choudhry and K. Roach, "Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies" (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205, at pp. 211 and 218. There is, however, an important difference between saying that judicial decisions are *generally* retroactive and that they are *necessarily* retroactive. When the law changes through judicial intervention, courts operate outside of the Blackstonian paradigm. In those situations, it may be appropriate for the court to issue a prospective rather than a retroactive remedy. The question then becomes what kind of change and which conditions will justify the crafting of judicial prospective remedies.

The House of Lords recently adopted this view in the course of its discussion of prospective overruling: *In re Spectrum Plus Ltd. (in liquidation)*, [2005] 2 A.C. 680, [2005] UHKL 41. The words of Lord Nicholls at para. 34 are particularly apt:

[Blackstone's declaratory] theory is still valid when applied to cases where a previous decision is overruled as wrong when given. Most overruling occurs on this basis. These cases are to be contrasted with [those] where the later decision represents a response to changes in social conditions and expectations. Then, on any view, the declaratory approach is inapt. In this context [this] approach has long been discarded. It is at odds with reality.

Cela dit, ce constat n'exige pas l'abandon total de la théorie déclaratoire de Blackstone. Les critiques dont elle fait l'objet visent seulement le cas où le tribunal établit de nouveaux principes ou règles de droit, et non celui où il applique le droit existant. Lorsqu'il s'agit d'appliquer une règle juridique existante à un nouvel ensemble de faits, la théorie déclaratoire de Blackstone demeure valable et la réparation est nécessairement rétroactive. S'agissant d'un organisme juridictionnel normalement appelé à déterminer les effets juridiques d'événements antérieurs, le tribunal octroie généralement une réparation qui rétroagit de façon que la partie victorieuse bénéficie de la décision : voir S. Choudhry et K. Roach, « Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies » (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205, p. 211 et 218. Dire qu'une décision de justice est *généralement* rétroactive reste toutefois très différent de l'affirmation qu'elle l'est *nécessairement*. Lorsqu'une cour de justice modifie le droit, elle le fait indépendamment du modèle blackstonien, auquel cas il peut être opportun d'accorder une réparation uniquement pour l'avenir. La question qui se pose alors est de déterminer la nature des changements et des situations justifiant l'octroi d'une réparation pour l'avenir.

Se penchant sur la question du revirement pour l'avenir, la Chambre des lords s'est récemment prononcée dans ce sens : *In re Spectrum Plus Ltd. (in liquidation)*, [2005] 2 A.C. 680, [2005] UHKL 41. Les propos suivants de lord Nicholls sont particulièrement pertinents (par. 34) :

[TRADUCTION] [La théorie déclaratoire de Blackstone] demeure valable lorsqu'une décision antérieure est infirmée au motif qu'elle était erronée au moment de son prononcé. L'infirmité intervient la plupart du temps pour cette raison. Ce cas doit être distingué d'avec celui où la décision de la juridiction supérieure se veut une réponse à l'évolution du contexte social et des attentes de la société, où la théorie déclaratoire ne s'applique pas quel que soit le point de vue adopté. Dans ce dernier cas, [cette] théorie a depuis longtemps été rejetée. Elle va à l'encontre de la réalité.

88 Although Lord Nicholls' statement arose in the common law context, this Court has implicitly adopted a similar line of reasoning in constitutional law. Despite this Court's endorsement of the Blackstonian declaratory approach, in its development of the law of constitutional remedies, it has frequently seen fit to temper the retroactive effect of s. 52(1) remedies and adopt a position similar to that of Lord Nicholls. On occasion, this Court has expressly stated that the s. 52(1) remedy would "apply prospectively" only: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3, at para. 18. In that reference, the Court held that the provinces' remuneration scheme for provincial judges violated the right to a trial before an independent and impartial tribunal. In fashioning its remedy, the Court side-stepped Blackstonian doctrine and provided for a "transition period of one year before th[e] requirement [took] effect" (para. 18).

89 The use of the "transition period" after a finding of unconstitutionality is inconsistent with the declaratory approach. It keeps in force by judicial decision a law that was deemed never to have been of force or effect. Thus, the fact that this Court has occasionally prescribed transition periods, intended to give a s. 52(1) remedy prospective effect only, suggests that this Court is not wedded to the declaratory approach in all *Charter* cases.

90 In another type of situation, which arises more frequently, the Court has held that providing immediate and retroactive judicial remedies may be "inappropriate" when "doing so would create a lacuna in the regime before Parliament would have a chance to act": *R. v. Demers*, [2004] 2 S.C.R. 489, 2004 SCC 46, at para. 57. In such cases, the Court has temporarily suspended the declaration of invalidity of the unconstitutional legislation to avoid creating a "legal vacuum" or "legal chaos" before Parliament or the legislature has the opportunity to enact something in place of the unconstitutional legislation: *Reference re Manitoba Language Rights*,

Lord Nicholls s'est exprimé dans le contexte de la common law, mais notre Cour a implicitement adopté un raisonnement analogue en droit constitutionnel. Malgré son acceptation de la théorie déclaratoire de Blackstone, elle a souvent jugé opportun de préciser, en élaborant le droit applicable aux réparations constitutionnelles, qu'il y avait lieu de limiter l'effet rétroactif de la réparation fondée sur le par. 52(1) et d'adopter ainsi un point de vue analogue à celui de lord Nicholls. Elle a parfois affirmé expressément que cette réparation « s'appliquera pour l'avenir » uniquement : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3, par. 18. Dans cet arrêt, notre Cour a statué que la rémunération des juges des cours provinciales en cause violait le droit à une audience devant un tribunal indépendant et impartial. Toutefois, à propos de la réparation appropriée, notre Cour a écarté la théorie de Blackstone et prévu une « période de transition d'un an avant l'entrée en vigueur de [l']exigence » (par. 18).

L'emploi de la technique de la « période de transition » après une déclaration d'inconstitutionnalité déroge nécessairement à la théorie déclaratoire. En effet, la décision judiciaire maintient en vigueur une loi qui est réputée ne s'être jamais appliquée. Le fait que notre Cour a parfois prévu une période de transition afin que la réparation accordée sur le fondement du par. 52(1) ne vaille que pour l'avenir permet de conclure qu'elle n'adhère pas invariablement à cette théorie pour l'application de la *Charte*.

Notre Cour a par ailleurs statué, relativement à une situation plus fréquente, qu'il peut ne pas être « opportun » d'accorder une réparation dont l'effet est rétroactif et immédiat lorsque « cela créerait une lacune dans le régime avant que le Parlement ait la possibilité de prendre des mesures » : *R. c. Demers*, [2004] 2 R.C.S. 489, 2004 CSC 46, par. 57. En pareil cas, elle a temporairement suspendu la déclaration d'invalidité afin d'éviter tout « vide juridique » ou « chaos » avant que le Parlement ou la législature en cause ne puisse remplacer les dispositions inconstitutionnelles : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985]

[1985] 1 S.C.R. 721 (“*Manitoba Language Rights Reference*”), at p. 747; *Schachter*. In *Schachter*, this Court held that the suspended declaration of invalidity was appropriate when giving immediate retroactive effect to the Court’s declaration of invalidity would (a) “pose a danger to the public”; (b) “threaten the rule of law”; or (c) “result in the deprivation of benefits from deserving persons”, such as when the legislation was “deemed unconstitutional because of underinclusiveness rather than overbreadth”: *Schachter*, at p. 719.

Like transition periods and other purely prospective remedies, the suspended declaration of invalidity is not fully consistent with the declaratory approach. By suspending the declaration of invalidity, the Court allows the constitutional infirmity to continue temporarily so that the legislature can fix the problem. In other words, the Court extends the life of a law which, on the Blackstonian view, never existed.

Although if the legislature fails to comply with the Court’s order within the period of suspension, the Court’s declaration would apply retroactively, the purpose of a suspended declaration of invalidity can be to facilitate the legislature’s function in crafting a prospective remedy. The temporal delay in striking down the law also has the effect of extending the life of an unconstitutional law. In such cases, to allow the claimants to recover concurrent retroactive relief would be at cross-purposes with the Court’s decision to grant a suspended declaration of invalidity: *Schachter*, at p. 720.

The determination of whether to limit the retroactive effect of a s. 52(1) remedy and grant a purely prospective remedy will be largely determined by whether the Court is operating inside or outside the Blackstonian paradigm. When the Court is declaring the law as it has existed, then the Blackstonian approach is appropriate and retroactive relief should be granted. On the other hand, when a court is developing new law within the broad confines of the Constitution, it may be appropriate to limit the retroactive effect of its judgment.

The approach which our Court has adopted in respect of the crafting of constitutional remedies

1 R.C.S. 721, p. 747; *Schachter*. Dans ce dernier arrêt, notre Cour a décidé qu’il était opportun de suspendre la déclaration d’invalidité lorsque son effet rétroactif et immédiat a) « poserait un danger pour le public », b) « menacerait la primauté du droit » ou c) « priverait de bénéfiques les personnes admissibles », notamment lorsque la loi a été « jugée inconstitutionnelle parce qu’elle est limitative et non parce qu’elle a une portée trop large » : *Schachter*, p. 719.

Comme la période de transition et les autres réparations valables uniquement pour l’avenir, la suspension de la déclaration d’invalidité ne se concilie pas parfaitement avec la théorie déclaratoire. En suspendant la déclaration d’invalidité, notre Cour permet que l’inconstitutionnalité demeure le temps que le législateur y remédie. Autrement dit, elle prolonge la vie d’un texte de loi qui, suivant la théorie de Blackstone, n’a jamais existé.

Même si le législateur ne se conforme pas à l’ordonnance de notre Cour avant l’expiration du délai accordé, ce qui emporte l’application rétroactive du jugement déclaratoire, le but de la suspension de la déclaration d’invalidité peut être de faciliter l’élaboration d’une réparation pour l’avenir. Le report de l’annulation a également pour effet de prolonger la durée de la disposition inconstitutionnelle. Dans ce cas, l’octroi d’une réparation rétroactive concurrente contredirait la décision de suspendre la déclaration d’invalidité : *Schachter*, p. 720.

L’application ou la non-application du modèle blackstonien détermine en grande partie s’il convient ou non de limiter l’effet rétroactif de la réparation fondée sur le par. 52(1) et d’accorder une réparation uniquement pour l’avenir. Lorsque le tribunal énonce le droit qui existait, alors la théorie de Blackstone s’applique et la réparation doit être rétroactive. Par contre, lorsqu’il établit une nouvelle règle de droit dans les paramètres généraux de la Constitution, la limitation de la portée rétroactive de sa décision peut être indiquée.

L’attitude adoptée par notre Cour en matière de réparations constitutionnelles découle aussi de

91

92

93

94

also flows from its understanding of the process of constitutional interpretation, which the “living tree” metaphor neatly describes. From the time Lord Sankey L.C. used these words to characterize the nature of the Canadian Constitution, courts have relied on this expression to emphasize the ability of the Constitution to develop with our country (*Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at p. 136). This Court has often stated that the Canadian Constitution should not be viewed as a static document but as an instrument capable of adapting with the times by way of a process of evolutionary interpretation, within the natural limits of the text, which “accommodates and addresses the realities of modern life”: *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79, at para. 22; see also *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016, at p. 1029; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, at p. 723; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at p. 365; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155.

la manière dont elle conçoit l’interprétation de la Constitution, que décrit fort bien la métaphore de « l’arbre vivant ». Depuis que le lord chancelier Sankey a employé cette expression pour cerner la nature de la Constitution canadienne, les tribunaux y recourent pour souligner le fait que l’évolution de la Constitution peut être en phase avec celle de notre pays (*Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), p. 136). Notre Cour a souvent affirmé qu’il ne fallait pas considérer la Constitution du Canada comme un texte statique, mais comme un instrument capable d’évoluer au moyen d’une interprétation progressiste respectant les limites naturelles du texte et qui « s’adapte et répond aux réalités de la vie moderne » : *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79, par. 22; voir aussi *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, p. 1029; *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, p. 723; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, p. 365; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155.

95 It is true that the “living tree” doctrine is not wedded to a particular model of the judicial function. At times, its application may reflect the fact that, in a case, the Court is merely declaring the law of the country as it has stood and that a retroactive remedy is then generally appropriate. In other circumstances, its use recognizes that the law has changed, that the change must be acknowledged and that, from a given point in time, the new law or the new understanding of some legal principle will prevail.

Certes la doctrine de « l’arbre vivant » n’est pas foncièrement liée à une conception particulière de la fonction judiciaire. Parfois, son application peut indiquer que le tribunal se contente de dire le droit qui s’appliquait au pays, auquel cas une réparation rétroactive reste généralement appropriée. Mais il peut aussi arriver que par son application, le tribunal reconnaisse que le droit a changé, qu’il faut tenir compte de cette évolution et que la nouvelle règle ou la nouvelle interprétation d’un principe juridique s’applique à compter d’un moment déterminé.

96 The question is no longer the legitimacy of prospective remedies, but rather when, why and how judges may rule prospectively or restrict the retroactive effect of their decisions in constitutional matters. The key question becomes the nature and effect of the legal change at issue in order to determine whether a prospective remedy is appropriate. The legitimacy of its use turns on the answer to this question.

Il ne s’agit plus de décider si le tribunal peut à bon droit accorder une réparation pour l’avenir, mais bien dans quels cas, pour quels motifs et de quelle manière il peut statuer ainsi ou restreindre la portée rétroactive de ses décisions en matière constitutionnelle. L’opportunité d’une réparation pour l’avenir tient alors à la nature et à l’effet de la modification du droit intervenue. Son bien-fondé en dépend.

97 There must be change, but what kind of change will be enough? Given the often incremental nature

Une modification du droit est nécessaire, mais laquelle suffira? En raison du caractère souvent

of changes in judge-made law in a common law system, the question is bound to raise difficulties. Various formulas have been suggested. For example, at a time when it appeared to be moving towards a broad recognition of prospective overruling, the U.S. Supreme Court relied on a notion of a “clear break with the past”. The limitation on proactive remedies could be considered after litigants had established such a change (see *United States v. Johnson*, 457 U.S. 537 (1982), at p. 549).

On other occasions, the same court crafted different formulas. In an earlier case, in 1971, it relied on a test which tended to look at both the nature of the change and of some of its consequences (*Chevron Oil Co. v. Huson*, 404 U.S. 97 (1971), at pp. 106-7). It identified three relevant considerations:

First, the decision to be applied nonretroactively must establish a new principle of law, either by overruling clear past precedent on which litigants may have relied . . . or by deciding an issue of first impression whose resolution was not clearly foreshadowed. . . . Second, it has been stressed that “we must . . . weigh the merits and demerits in each case by looking to the prior history of the rule in question, its purpose and effect, and whether retrospective operation will further or retard its operation.” . . . Finally, we have weighed the inequity imposed by retroactive application, for “[w]here a decision of this Court could produce substantial inequitable results if applied retroactively, there is ample basis in our cases for avoiding the ‘injustice or hardship’ by a holding of nonretroactivity.”

See also: J. E. Fisch, “Retroactivity and Legal Change: An Equilibrium Approach” (1997), 110 *Harv. L. Rev.* 1055, at pp. 1060-63; C. Sampford, *Retrospectivity and the Rule of Law* (2006), at pp. 211-12.

Change in the law occurs in many ways. “Clear break with the past” catches some of its diversity. It can be best identified with those situations where, in Canadian law, the Supreme Court departs from its own jurisprudence by expressly overruling or implicitly repudiating a prior decision. Such clear situations would justify recourse to prospective

graduel de l’évolution du droit d’origine jurisprudentielle en common law, la question ne peut manquer de soulever des difficultés. On a proposé diverses réponses. Par exemple, lorsque la Cour suprême des États-Unis a paru encline à reconnaître généralement le revirement pour l’avenir, elle a invoqué la notion de [TRADUCTION] « rupture nette avec le passé ». La limitation de l’effet rétroactif de la réparation pourrait être envisagée une fois établie existence d’une telle modification (voir *United States c. Johnson*, 457 U.S. 537 (1982), p. 549).

Dans d’autres affaires, le même tribunal a exploré des avenues différentes. Ainsi, dans un arrêt antérieur datant de 1971, il a appliqué un critère tenant compte à la fois de la nature de la modification et de certaines de ses conséquences (*Chevron Oil Co. c. Huson*, 404 U.S. 97 (1971), p. 106-107). Il a retenu trois éléments à considérer :

[TRADUCTION] Premièrement, la décision dont l’effet rétroactif sera écarté doit établir un principe de droit nouveau, soit en infirmant un précédent clair invoqué par les parties, [. . .] soit en tranchant une question nouvelle dont le règlement n’était pas clairement prévisible. [. . .] Deuxièmement, on a fait valoir que « dans chacun des cas, nous devons [. . .] soupeser les avantages et les inconvénients en examinant l’historique de la règle, son objet et son effet, et en déterminant si son application rétroactive favorisera ou retardera la réalisation de ses objectifs. » [. . .] Enfin, nous avons soupesé l’iniquité d’une application rétroactive, car « [l]orsqu’une décision de la Cour pourrait se révéler très inéquitable si elle s’appliquait rétroactivement, notre jurisprudence nous justifierait amplement d’éviter cette « injustice » en optant pour la non-rétroactivité. »

Voir également : J. E. Fisch, « Retroactivity and Legal Change : An Equilibrium Approach » (1997), 110 *Harv. L. Rev.* 1055, p. 1060-1063; C. Sampford, *Retrospectivity and the Rule of Law* (2006), p. 211-212.

Le droit évolue de diverses manières. La [TRADUCTION] « rupture nette avec le passé » exprime une partie de cette réalité. Elle se produit par exemple lorsque la Cour suprême de notre pays déroge à sa propre jurisprudence en infirmant expressément une décision antérieure ou en la désavouant tacitement. Une situation

remedies in a proper context. But other forms of substantial change may be as relevant, especially in constitutional adjudication, where courts must give content to broad, but previously undefined, rights, principles or norms. The definition of a yet undetermined standard or the recognition that a situation is now covered by a constitutional guarantee also often expresses a substantial change in the law. The right may have been there, but it finds an expression in a new or newly recognized technological or social environment. Such a legal response to these developments properly grounds the use of prospective remedies, when the appropriate circumstances are met. A substantial change in the law is necessary, not sufficient, to justify purely prospective remedies. Hence, we must now turn to what else must be considered once legal change has been established.

100 Although the list of such factors should not be considered as closed, some of them appear more clearly compelling. They may include reasonable or in good faith reliance by governments (*Miron*, at para. 173; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13, at para. 78), or the fairness of the limitation of the retroactivity of the remedy to the litigants. Courts ought also consider whether a retroactive remedy would unduly interfere with the constitutional role of legislatures and democratic governments in the allocation of public resources (*Benner*, at para. 103; *Schachter*, at p. 710).

101 A careful consideration of reliance interests is critical to this analytical process. Although legal mechanisms, such as the *de facto* doctrine, *res judicata* or the law of limitations, may mitigate the consequences of declaratory rulings in certain circumstances, they do not address every situation. Fully retroactive remedies might prove highly disruptive in respect of government action, which, on the basis of settled or broadly held views of the law as it stood, framed budgets or attempted to design

aussi claire justifie l'octroi d'une réparation pour l'avenir lorsque le contexte s'y prête. Cependant, d'autres formes de modification fondamentale peuvent se révéler aussi déterminantes, en particulier sur le plan constitutionnel, lorsque le tribunal est appelé à déterminer la teneur de droits, de normes ou de principes généraux non encore définis. La définition d'une norme non encore déterminée ou la confirmation qu'une garantie constitutionnelle s'applique désormais à une situation opère souvent une modification fondamentale. Le droit en cause a pu exister, mais il trouve son expression dans un contexte technologique ou social nouveau ou dont l'existence a récemment été reconnue. Lorsque le droit s'adapte ainsi au contexte, l'octroi d'une réparation pour l'avenir devient approprié, à condition que les circonstances s'y prêtent. Une modification fondamentale du droit applicable est nécessaire mais ne suffit pas pour écarter la rétroactivité de la réparation. Une fois cette modification établie, nous devons donc rechercher les autres facteurs susceptibles d'entrer en ligne de compte.

Bien que la liste de ces éléments ne doive pas être tenue pour exhaustive, certains d'entre eux paraissent plus clairement déterminants, dont le fait que le gouvernement s'est fondé sur une interprétation raisonnable ou empreinte de bonne foi (*Miron*, par. 173; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13, par. 78), ou qu'il est équitable envers les parties de limiter la rétroactivité de la réparation. Le tribunal doit aussi se demander si une réparation rétroactive empiéterait indûment sur le pouvoir des législatures et des gouvernements élus démocratiquement de répartir les ressources publiques (*Benner*, par. 103; *Schachter*, p. 710).

Un examen soigné des intérêts liés à une confiance raisonnable dans une interprétation législative est essentiel dans le cadre d'une telle analyse. Même si, dans certains cas, des mécanismes juridiques tels que le principe de la validité *de facto*, l'autorité de la chose jugée ou les règles de prescription permettent d'atténuer les conséquences d'un jugement déclaratoire, ils ne s'appliquent pas toujours. Une réparation pleinement rétroactive pourrait se révéler très déstabilisante pour le gouvernement

social programs. Persons and public authorities could then become liable under a new legal norm. Neither governments nor citizens could be reasonably assured of the legal consequences of their actions at the time they are taken.

The strict declaratory approach also hardly appears reconcilable with the well-established doctrine of qualified immunity in respect of the adoption of unconstitutional statutes which our Court applied, for example, in cases such as *Mackin* and *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347. Where legislation is found to be invalid as a result of a judicial shift in the law, it will not generally be appropriate to impose liability on the government. As Gonthier J. wrote in *Mackin*, it is a general rule of public law that “absent conduct that is clearly wrong, in bad faith or an abuse of power, the courts will not award damages for the harm suffered as a result of the mere enactment or application of a law that is subsequently declared to be unconstitutional” (para. 78). The rationale for this qualified immunity, which applies equally to actions for damages based on the general law of civil liability and to claims for damages under s. 24(1) of the *Charter*, was aptly expressed by Gonthier J.:

Thus, the government and its representatives are required to exercise their powers in good faith and to respect the “established and indisputable” laws that define the constitutional rights of individuals. However, if they act in good faith and without abusing their power under prevailing law and only subsequently are their acts found to be unconstitutional, they will not be liable. Otherwise, the effectiveness and efficiency of government action would be excessively constrained. Laws must be given their full force and effect as long as they are not declared invalid. Thus it is only in the event of conduct that is clearly wrong, in bad faith or an abuse of power that damages may be awarded. [para. 79]

The same principles will apply in respect of claims for retroactive benefits under s. 15 of the *Charter*.

qui, sur la foi d’une interprétation établie ou largement répandue du droit tel qu’il existe, a adopté un budget ou tenté de concevoir des mesures sociales. Des personnes physiques ou des pouvoirs publics pourraient alors voir leur responsabilité engagée au regard de la nouvelle règle. Gouvernements et citoyens ne pourraient raisonnablement prévoir les conséquences juridiques de leurs actes.

L’application stricte de la théorie déclaratoire paraît également difficile à concilier avec le principe bien établi de l’immunité restreinte du législateur qui adopte une disposition inconstitutionnelle, que notre Cour a appliqué, par exemple, dans les arrêts *Mackin* et *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347. Lorsque, par suite d’un revirement jurisprudentiel, une disposition législative est jugée inconstitutionnelle, il ne convient généralement pas d’imposer une responsabilité civile au gouvernement. Comme l’a rappelé le juge Gonthier dans l’arrêt *Mackin*, suivant un principe général de droit public, « en l’absence de comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d’abus de pouvoir, les tribunaux n’accorderont pas de dommages-intérêts pour le préjudice subi à cause de la simple adoption ou application d’une loi subséquemment déclarée inconstitutionnelle » (par. 78). Il explique bien la raison d’être de cette immunité restreinte opposable à la demande de dommages-intérêts fondée sur le droit général de la responsabilité civile ou sur le par. 24(1) de la *Charte* :

Ainsi, l’État et ses représentants sont tenus d’exercer leurs pouvoirs de bonne foi et de respecter les règles de droit « établies et incontestables » qui définissent les droits constitutionnels des individus. Cependant, s’ils agissent de bonne foi et sans abuser de leur pouvoir eu égard à l’état du droit, et qu’après coup seulement leurs actes sont jugés inconstitutionnels, leur responsabilité n’est pas engagée. Autrement, l’effectivité et l’efficacité de l’action gouvernementale seraient exagérément contraintes. Les lois doivent être appliquées dans toute leur force et [tout leur] effet tant qu’elles ne sont pas invalidées. Ce n’est donc qu’en cas de comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d’abus de pouvoir que des dommages-intérêts peuvent être octroyés. [par. 79]

Les mêmes principes s’appliquent à une demande de prestations rétroactives fondée sur l’art. 15 de

Whether framed as a remedy under s. 52 or s. 24(1), it may be tantamount to a claim for compensatory damages flowing from the underinclusiveness of the legislation.

103

People generally conduct their affairs based on their understanding of what the law requires. Governments in this country are no different. Every law they pass or administrative action they take must be performed with an eye to what the Constitution requires. Just as ignorance of the law is no excuse for an individual who breaks the law, ignorance of the Constitution is no excuse for governments. But where a judicial ruling changes the existing law or creates new law, it may, under certain conditions, be inappropriate to hold the government retroactively liable. An approach to constitutional interpretation that makes it possible to identify, in appropriate cases, a point in time when the law changed, makes it easier to ensure that persons and legislatures who relied on the former legal rule while it prevailed will be protected. In this way, a balance is struck between the legitimate reliance interests of actors who make decisions based on a reasonable assessment of the state of the law at the relevant time on one hand and the need to allow constitutional jurisprudence to evolve over time on the other.

104

Having regard to the above-mentioned criteria, it is possible to distinguish this case from some cases where fully retroactive remedies were granted. *Miron* provides an example of when it would *not* be appropriate for courts to limit the retroactive effect of a s. 52(1) remedy. In *Miron*, the appellant was injured while a passenger in a vehicle driven by an uninsured driver. He made a claim for accident benefits against the insurance policy of his unmarried partner but his claim was denied on the basis that the policy covered only legally married spouses. Writing for the majority, McLachlin J. (as she then was) held that the distinction based on marital status was discriminatory under s. 15(1) of the *Charter*. She concluded that retroactive reading-up of the legislation was an appropriate remedy, which entitled the appellant to the retroactive benefit of his partner's insurance policy.

la *Charte*. Peu importe que l'art. 52 ou le par. 24(1) soit invoqué à l'appui, on peut y voir une demande d'indemnité pour la portée trop limitative de la loi.

Les gens se livrent habituellement à leurs activités selon leur interprétation des exigences de la loi. Les gouvernements de ce pays n'agissent pas différemment. Chaque disposition qu'ils adoptent ou mesure administrative qu'ils prennent doit être conforme à la Constitution. Tout comme l'ignorance de la loi ne peut excuser un contrevenant, celle de la Constitution ne saurait excuser un gouvernement. Cependant, lorsqu'une décision de justice modifie le droit existant ou crée une nouvelle règle de droit, il peut être inopportun, dans certaines circonstances, de tenir le gouvernement rétroactivement responsable. L'interprétation constitutionnelle qui permet de déterminer, dans les cas qui s'y prêtent, le moment où la règle de droit a changé facilite la protection des justiciables et des législatures qui se sont fiés à l'ancienne règle de droit lorsqu'elle s'appliquait. De la sorte, un équilibre s'établit entre la confiance légitime des décideurs que leur action s'appuie sur une évaluation raisonnable du droit au moment considéré et la nécessité de préserver la capacité d'évolution de la jurisprudence constitutionnelle.

Sur la base des critères susmentionnés, la présente espèce peut être distinguée de certaines affaires où une réparation pleinement rétroactive a été accordée. L'affaire *Miron* illustre le cas où il est *inopportun* de limiter la portée rétroactive de la réparation fondée sur le par. 52(1). Dans cette affaire, l'appelant avait subi des blessures alors qu'il était passager dans une voiture dont le conducteur n'était pas assuré. Il avait présenté à l'assureur de sa conjointe de fait une demande d'indemnité qui avait été rejetée au motif que la police ne protégeait que le conjoint légalement marié. Au nom des juges majoritaires de notre Cour, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a statué que la distinction fondée sur l'état matrimonial était discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Elle a conclu qu'une interprétation large reconnaissant à l'appelant le droit de bénéficier rétroactivement de la police d'assurance de sa conjointe était la réparation appropriée dans les circonstances.

In *Miron*, it would not have been appropriate for the Court to limit the retroactive effect of the remedy and grant a purely prospective remedy. First, the government did not meet the threshold factor of showing a substantial change from the existing law. As early as 1980, the Ontario Legislature was able to agree on a formula to extend death benefits to certain unmarried persons. And in 1981, in the context of the Ontario *Human Rights Code*, the Legislature agreed on a definition of “spouse” as the person to whom a person of the opposite sex is married or with whom the person is living in a conjugal relationship outside marriage. In other words, Ontario’s vehicle insurance legislation was out of step with the evolving understanding of “spouse” as it existed in other Ontario statutes. Therefore, the Court’s holding in *Miron* — that the vehicle insurance legislation’s definition of “spouse” violated s. 15 — was not a substantial change from the existing law. To the contrary, it reflected an understanding of s. 15 of the *Charter* that was already understood by the Ontario Legislature in the context of the Ontario *Human Rights Code* and other provincial legislation. Because the finding of a s. 15 infringement in *Miron* did not represent a substantial change in the law, it would have been inappropriate to limit the retroactive effect of its decision.

However, even if the government had succeeded in meeting the substantial change requirement, other factors militated against limiting the retroactive effect of the remedy. In reaching her conclusion, McLachlin J. drew support from three observations. First, she observed that the legislature had, since the accident occurred, amended the applicable legislation to include unmarried partners, thus allaying any concerns about interfering unduly with legislative objectives. The amended legislation provided “the best possible evidence of what the Legislature would have done had it been forced to face the problem the appellants raise[d]” (para. 180). Second, considerations of fairness to the successful litigant also weighed in favour of retroactivity, as providing a retroactive remedy in this case

Les circonstances de l’affaire *Miron* ne permettraient pas à notre Cour de limiter la portée rétroactive de la réparation et de rendre celle-ci uniquement valable pour l’avenir. D’abord, le gouvernement ne s’était pas acquitté de son obligation première d’établir la modification fondamentale du droit existant. Dès 1980, la législature ontarienne avait reconnu à certains conjoints de fait le droit à une indemnité en cas de décès. À compter de l’année suivante, pour l’application du *Code des droits de la personne* de l’Ontario, le mot « conjoint » s’est entendu de la personne avec laquelle une personne du sexe opposé est mariée ou avec laquelle elle vit dans une union conjugale hors du mariage. Autrement dit, les dispositions ontariennes relatives à l’assurance-auto n’avaient pas respecté l’évolution des autres lois de la province à propos de la définition du mot « conjoint ». Partant, la conclusion de notre Cour dans l’affaire *Miron*, voulant que la définition de « conjoint » figurant dans la loi sur l’assurance-automobile contrevenait à l’art. 15 de la *Charte*, n’emportait pas la modification fondamentale du droit existant. Au contraire, elle reflétait une interprétation de l’art. 15 que la législature de l’Ontario avait déjà fait sienne dans ses lois, y compris dans le *Code des droits de la personne*. Comme la reconnaissance d’une atteinte à l’art. 15 ne constituait pas une modification fondamentale du droit applicable, il n’aurait pas été approprié que notre Cour limite l’effet rétroactif de sa décision dans cette affaire.

Par surcroît, même si le gouvernement avait satisfait à l’exigence de la modification fondamentale du droit, d’autres éléments auraient milité contre la limitation de la portée rétroactive de la réparation. En effet, la conclusion de la juge McLachlin reposait sur trois constats. Premièrement, depuis l’accident, les dispositions applicables avaient été modifiées pour viser également le conjoint de fait, ce qui dissipait toute crainte que la décision de notre Cour aille à l’encontre des objectifs du législateur. Les modifications apportées à la loi fournissaient « la meilleure preuve possible de ce que la législature aurait fait s’il lui avait fallu régler le problème soulevé par les appelants » (par. 180). Deuxièmement, l’équité envers la partie victorieuse faisait également pencher la balance en faveur de la rétroactivité

was the only means of “cur[ing] an injustice which might otherwise go unremedied”: *ibid.* Third, McLachlin J. noted that the distinction based on marital status was unreasonable, *even at the time the impugned legislation was enacted* (para. 173). Because the Legislature ought to have known that the vehicle insurance legislation was out of step with a modern understanding of “spouse”, it could not reasonably exclude common law spouses from insurance coverage.

107

It should be noted that, in *Miron*, all of the factors discussed above — good faith reliance by governments, fairness to the litigants and the need to respect the constitutional role of legislatures — favoured a retroactive remedy. In a number of cases, however, these factors may pull in different directions, with some factors favouring a retroactive remedy and others favouring a purely prospective remedy. In such cases, once the “substantial change” threshold criterion is met, it may be appropriate to limit the retroactive effect of the remedy based on a *balancing* of these other factors. This balance must be struck on a case-by-case basis.

108

A second situation that must be distinguished was considered by this Court in its recent judgment in *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, [2007] 1 S.C.R. 3, 2007 SCC 1, wherein it held that taxes collected pursuant to an *ultra vires* regulation are recoverable by the taxpayer. The difference between the result in *Kingstreet* and the type of situation in the present case may be understood in terms of a basic distinction between cases involving moneys collected by the government and benefits cases. Where the government has collected taxes in violation of the Constitution, there can be only one possible remedy: restitution to the taxpayer. In contrast, where a scheme for benefits falls foul of the s. 15 guarantee of equal benefit under the law, we normally do not know what the legislature would have done had it known that its benefits scheme failed to comply with the *Charter*. In benefits cases, a range of options is open to government. The excluded group could simply be included

puisque l’octroi d’une réparation rétroactive constituait en l’espèce le seul moyen « de corriger une injustice qui autrement aurait pu demeurer inchangée » : *ibid.* Troisièmement, la distinction fondée sur l’état matrimonial était déraisonnable, *même au moment de l’adoption des dispositions en cause* (par. 173). Le législateur aurait dû savoir que la loi sur l’assurance-automobile ne correspondait pas à l’interprétation du mot « conjoint » qui avait alors cours, de sorte qu’il ne pouvait à bon droit exclure la protection du conjoint de fait.

Il importe de signaler que dans l’affaire *Miron*, tous les autres facteurs examinés précédemment — interprétation de bonne foi par le gouvernement, équité envers les parties et respect du pouvoir constitutionnel des législatures — faisaient pencher la balance en faveur d’une réparation rétroactive. Dans certains cas, ces facteurs peuvent toutefois militer en faveur de résultats différents, d’aucuns favorisant une réparation rétroactive, d’autres une réparation pour l’avenir. Une fois remplie la condition première, soit la « modification fondamentale » de la règle de droit, il peut alors convenir de limiter la portée rétroactive de la réparation à l’issue d’une *mise en balance* de ces autres éléments, toujours selon les faits en l’espèce.

Une deuxième distinction s’impose, cette fois avec l’affaire *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, [2007] 1 R.C.S. 3, 2007 CSC 1, dans laquelle notre Cour a statué qu’une taxe perçue en application d’un règlement *ultra vires* peut être recouvrée par le contribuable. La différence entre le résultat ultime dans l’affaire *Kingstreet* et le type de situation visé par la présente espèce s’explique par une distinction fondamentale entre les affaires portant sur des sommes d’argent perçues par les gouvernements et les cas relatifs à des avantages et prestations. Le gouvernement qui a perçu une taxe en contrevenant à la Constitution n’a d’autre choix que de la restituer au contribuable. À l’opposé, lorsqu’un régime de prestations viole le droit au même bénéfice de la loi garanti à l’art. 15, on ignore habituellement quelle mesure le législateur aurait choisie s’il avait été conscient de cette inconstitutionnalité. Dans le cas d’un régime de prestations, une gamme de solutions s’offrent au

in the existing benefit scheme as was the result in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22. It could also be included in a modified benefit scheme, adopted by legislative amendments, as occurred in *Schachter*. Also, in *Schachter*, the Court alluded to the possibility of an elimination of the benefit (p. 702). In our political system, choosing between those options remains the domain of governments. This principle points towards limiting the retroactive effect of remedies in s. 15 benefits cases in which the other above-mentioned criteria are met.

(2) The Appropriate Remedy in This Case

(a) *Limits on the Retroactive Effect of the Remedy in the Context of This Case*

Same-sex equality jurisprudence since 1985 is illustrative of the sort of legal shift that gives rise to new law and justifies consideration of prospective remedies. The factors mentioned above also weigh in favour of limiting the retroactive effect of the remedy in the context of this case.

(i) The Substantial Change in the Law

This Court's decision in *M. v. H.* marked a departure from pre-existing jurisprudence on same-sex equality rights. In 1995, a majority of this Court upheld the exclusion of same-sex partners from old age security legislation in *Egan*, with four judges finding no s. 15(1) violation, and one judge concluding that the scheme was contrary to s. 15(1) but that it could be justified under s. 1. Four years later in *M. v. H.*, eight members of this Court held that the exclusion of same-sex partners from the spousal support provisions under the *Family Law Act* was contrary to s. 15(1) and could not be saved under s. 1. *M. v. H.* thus marks a clear shift in the jurisprudence of the Court, where it moved away from the plurality's holding in *Egan* and came

gouvernement. Il peut simplement rendre le groupe exclu admissible au régime existant comme il l'a fait dans l'affaire *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22. Il peut également, par voie de modification législative, le rendre admissible à un nouveau régime, comme dans l'affaire *Schachter*, où notre Cour a d'ailleurs évoqué la possibilité d'une suppression de la prestation (p. 702). Dans notre régime politique, il appartient aux gouvernements de choisir entre les solutions possibles. Dans le cas d'un régime de prestations contraire à l'art. 15, il y a donc lieu de limiter l'effet rétroactif de la réparation lorsque sont remplis les autres critères susmentionnés.

(2) La réparation appropriée en l'espèce

a) *Limitation de la portée rétroactive de la réparation en l'espèce*

Depuis 1985, la jurisprudence relative à l'égalité du conjoint de même sexe offre un bon exemple de revirement jurisprudentiel faisant naître une règle de droit nouvelle et pouvant justifier l'octroi d'une réparation pour l'avenir. Les éléments susmentionnés militent aussi en faveur d'une limitation de l'effet rétroactif de la réparation accordée en l'espèce.

(i) La modification fondamentale de la règle de droit

Dans l'arrêt *M. c. H.*, notre Cour a rompu avec son interprétation antérieure des droits à l'égalité du conjoint de même sexe. En 1995, dans l'arrêt *Egan*, les juges majoritaires de notre Cour avaient confirmé l'inadmissibilité du conjoint de même sexe établie par les dispositions sur la sécurité de la vieillesse, quatre d'entre eux n'y voyant pas d'atteinte au par. 15(1) et le cinquième estimant que le régime contrevenait à cette disposition mais que l'atteinte était justifiée au regard de l'article premier. Quatre ans plus tard, dans l'affaire *M. c. H.*, huit juges de notre Cour concluaient que l'inadmissibilité du conjoint de même sexe à une pension alimentaire suivant la *Loi sur le droit de la famille* allait à l'encontre du par. 15(1) et que l'atteinte ne

to a new understanding of the scope of equality rights.

pouvait être justifiée au regard de l'article premier. Cet arrêt marque donc un net changement, notre Cour tournant le dos à la décision des juges majoritaires dans *Egan* et reconnaissant une nouvelle portée aux droits à l'égalité.

111 Bastarache J. disagrees with our conclusion on the nature of the change brought about by *M. v. H.* He cites lower court decisions rendered prior to *Egan* and before *M. v. H.* to show that the law on same-sex equality rights remained unsettled until *M. v. H.* However, in our system, the Supreme Court has the final word on the interpretation of the Constitution: *Manitoba Language Rights Reference*, at p. 745. A majority of the Court in *Egan* rejected the appellants' claim for equal benefits under the law. It was a fact that this Court held in *Egan* that the Constitution did not require equal benefits for same-sex couples. This fact changed only after *M. v. H.* when this Court held that it was unconstitutional to exclude same-sex couples from the definition of spouse in the *Family Law Act*. The threshold requirement for limiting the retroactive effect of the remedy has been satisfied. The Court must now consider other relevant factors. In this case, reliance interests, fairness concerns, the government's good faith, and the need to respect Parliament's legislative role all weigh in favour of limiting retroactive relief.

Le juge Bastarache est en désaccord avec notre conclusion concernant la nature du changement opéré par l'arrêt *M. c. H.* Il invoque des décisions de tribunaux inférieurs rendues avant les arrêts *Egan* et *M. c. H.* pour affirmer que la portée des droits à l'égalité du conjoint de même sexe est demeurée incertaine jusqu'à l'arrêt *M. c. H.* Or, dans notre système de justice, la Cour suprême a le dernier mot quant à l'interprétation de la Constitution : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, p. 745. Dans l'arrêt *Egan*, la majorité de ses juges a refusé aux appelants le même bénéfice de la loi. Elle a effectivement conclu que la Constitution n'exigeait pas qu'un conjoint de même sexe se voit accorder le même bénéfice de la loi. La jurisprudence a seulement changé lorsque l'arrêt *M. c. H.* a reconnu l'inconstitutionnalité de l'exclusion du conjoint de même sexe de la définition de « conjoint » applicable à la *Loi sur le droit de la famille*. La condition première pour limiter la portée rétroactive de la réparation est donc remplie. Dès lors, notre Cour doit se pencher sur les autres éléments en cause. En l'espèce, les intérêts liés à la confiance légitime dans une interprétation raisonnable de la loi, l'équité envers les parties, la bonne foi du gouvernement et le respect de la fonction législative du Parlement font tous pencher la balance en faveur d'une réparation dont la portée rétroactive est restreinte.

(ii) Reasonable Reliance

(ii) Confiance légitime dans une interprétation raisonnable de la loi

112 Given the state of the jurisprudence prior to *M. v. H.*, the exclusion of same-sex partners from the former *CPP* was based on a reasonable understanding of the state of s. 15(1) jurisprudence as it existed after *Egan* and before *M. v. H.* Admittedly, the Court in *Egan* was divided over whether to extend old age security benefits to same-sex couples, with four judges dissenting. After *M. v. H.*, it became apparent that the *Egan* dissent had prevailed.

Vu l'état de la jurisprudence avant l'arrêt *M. c. H.*, l'inadmissibilité du conjoint de même sexe aux prestations prévues par l'ancien *RPC* s'appuyait sur une compréhension raisonnable du par. 15(1) après l'arrêt *Egan*. Dans ce dernier arrêt, notre Cour était manifestement divisée sur la question du droit du conjoint de même sexe aux prestations de sécurité de la vieillesse, quatre juges exprimant leur dissidence. Dans l'arrêt *M. c. H.*, le point de vue de

However, the benefit of hindsight does not undermine the government's reasonableness in relying on *Egan*.

In holding that the government reasonably relied on the pre-*M. v. H.* jurisprudence, we do not seek to justify the slowness of legislatures and courts alike in recognizing *Charter* rights. Rather, we acknowledge the fact that although the Constitution embodies the supreme law and the enduring values of this country, it is up to the courts to interpret and apply those provisions. In *Manitoba Language Rights Reference*, this Court held:

The Constitution of a country is a statement of the will of the people to be governed in accordance with certain principles held as fundamental and certain prescriptions restrictive of the powers of the legislature and government. It is, as s. 52 of the *Constitution Act, 1982* declares, the "supreme law" of the nation, unalterable by the normal legislative process, and unsuffering of laws inconsistent with it. The duty of the judiciary is to interpret and apply the laws of Canada and each of the provinces, and it is thus our duty to ensure that the constitutional law prevails. [p. 745]

The text of the Constitution establishes the broad confines of the supreme law, but it is up to the courts to interpret and apply the Constitution in any given context. The inviolability of the Constitution ensures that our nation's most cherished values are preserved, while the role of the courts in applying the Constitution ensures that the law is sufficiently flexible to change over time to reflect advances in human understanding. But it also means that the Constitution, at any snapshot in time, is only as robust as the court interpreting it. If the judiciary errs or is slow to recognize that previous interpretations of the Constitution no longer correspond to social realities, it must change the law. However, in breaking with the past, the Court does not create an automatic right to redress for the Court's prior ruling. Where the government's reliance on the unconstitutional law was reasonable because it was

ces dissidents l'a emporté et prévaut depuis. Or, le bénéfice actuel de la connaissance du passé ne rend pas moins raisonnable le fait, pour le gouvernement, de s'être fié à l'arrêt *Egan* pour déterminer le droit applicable.

Même si elle conclut que le gouvernement s'est raisonnablement fondé sur la jurisprudence antérieure à l'arrêt *M. c. H.*, notre Cour n'entend pas excuser les retards des législatures et des tribunaux à donner effet aux droits garantis par la *Charte*. Elle reconnaît plutôt que même si la Constitution consacre la loi suprême et les valeurs pérennes de ce pays, il incombe aux tribunaux d'interpréter et d'appliquer ses dispositions. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, elle a d'ailleurs affirmé :

La Constitution d'un pays est l'expression de la volonté du peuple d'être gouverné conformément à certains principes considérés comme fondamentaux et à certaines prescriptions qui restreignent les pouvoirs du corps législatif et du gouvernement. Elle est, comme le déclare l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la « loi suprême » de notre pays, qui ne peut être modifiée par le processus législatif normal et qui ne tolère aucune loi incompatible avec elle. Il appartient au pouvoir judiciaire d'interpréter et d'appliquer les lois du Canada et de chacune des provinces et il est donc de notre devoir d'assurer que la loi constitutionnelle a présence. [p. 745]

Le texte de la Constitution établit les paramètres généraux de la loi suprême, et il appartient aux tribunaux de l'interpréter et de l'appliquer dans un contexte donné. L'inviolabilité des droits constitutionnels garantit la protection de nos valeurs les plus chères, tandis que l'application de la Constitution par les tribunaux confère au droit la souplesse voulue pour tenir compte des progrès de la pensée humaine. Il s'ensuit aussi qu'à n'importe quel moment, la Constitution n'a que l'efficacité que lui confèrent les tribunaux appelés à l'interpréter. Lorsque ces derniers se trompent ou tardent à reconnaître qu'une interprétation ne correspond plus à la réalité sociale, ils doivent modifier la règle de droit. Cependant, en rompant avec le passé, notre Cour ne crée pas de droit automatique à une réparation pour sa décision antérieure. Lorsque le gouvernement s'est raisonnablement fondé sur une

relying on this Court's jurisprudence, it will be less likely that a right to retroactive relief will flow from a subsequent declaration of invalidity of the unconstitutional law.

(iii) Good Faith

115 Our comments above indicate that the government did not act in bad faith in failing to extend survivors' benefits to same-sex couples prior to *M. v. H.* It is significant that the survivors' benefit scheme under the former *CPP* was never struck down by a court of competent jurisdiction. Rather, recognizing the likely implications of this Court's ruling in *M. v. H.* for that scheme, Parliament endeavoured to pre-emptively correct the constitutional deficiencies therein by enacting remedial legislation. Because the government acted in good faith by attempting pre-emptively to correct a constitutional infirmity soon after it was discovered, it would be inappropriate to reach back further in time and impose a retroactive remedy.

(iv) Fairness to Litigants

116 In seeking payment of arrears back as far as 1985, the Hislop class effectively asks this Court to overlook the evolution in the jurisprudence of same-sex equality rights that has taken place and to declare that the understanding to which we have come over that period of time was in fact the law in 1985. This position cannot be sustained. Although *M. v. H.* declares what the Constitution requires, it does not give rise to an automatic right to every government benefit that might have been paid out had the Court always interpreted the Constitution in accordance with its present-day understanding of it. *M. v. H.* was not a case like *Miron* where limiting the retroactive effect of the s. 52(1) remedy would have granted the "successful" claimant a hollow victory. In contrast, a *purely prospective remedy* in *M. v. H.* was not meaningless. *M. v. H.* resulted in wide-scale amendments to federal and provincial legislation across the country to extend government benefits to same-sex couples. Equally important, *M. v. H.* helped usher in a new era of understanding of the equal human dignity

règle de droit inconstitutionnelle en s'appuyant sur la jurisprudence de notre Cour, l'invalidation subséquente de cette règle de droit est moins susceptible de conférer le droit à une réparation rétroactive.

(iii) Bonne foi

Il ressort des observations qui précèdent que le gouvernement n'a pas fait preuve de mauvaise foi en refusant la prestation de survivant aux conjoints de même sexe avant l'arrêt *M. c. H.* Il est significatif que les dispositions en cause de l'ancien *RPC* n'ont jamais été invalidées par un tribunal compétent. Prenant acte des répercussions de l'arrêt *M. c. H.* pour le régime, le législateur a plutôt pris les devants et remédié à l'inconstitutionnalité par l'adoption de dispositions correctives. Comme le gouvernement a tenté de bonne foi de supprimer l'atteinte à la Constitution peu après qu'elle lui eut été signalée, il serait inopportun de remonter dans le temps et de faire rétroagir la réparation.

(iv) Équité envers les parties

En demandant que l'exigibilité des prestations remonte jusqu'en 1985, le groupe Hislop incite en fait notre Cour à faire abstraction de l'évolution de la jurisprudence sur les droits à l'égalité du conjoint de même sexe et à déclarer qu'en 1985 l'état du droit correspondait à celui issu de l'interprétation de ces droits jusqu'à ce jour. Notre Cour ne peut accéder à sa demande. L'arrêt *M. c. H.* définit les obligations constitutionnelles, mais il ne confère pas de droit automatique à toute prestation publique qui aurait pu être versée si notre Cour avait toujours interprété la Constitution comme elle le fait désormais. Dans l'affaire *Miron*, la limitation de l'effet rétroactif de la réparation fondée sur le par. 52(1) aurait conféré à la partie gagnante une victoire sans lendemain. Par contre, dans l'affaire *M. c. H.*, une *réparation uniquement pour l'avenir* n'était pas sans effet. L'arrêt de notre Cour a entraîné au pays la modification sur une vaste échelle des lois fédérales et provinciales afin de reconnaître le droit des conjoints de même sexe aux différentes prestations publiques. Qui plus est, il a favorisé une conception

of same-sex couples. One could not say that *M. v. H.* granted those litigants only a Pyrrhic victory.

(v) Respecting Parliament's Role

Achieving an appropriate balance between fairness to individual litigants and respecting the legislative role of Parliament may mean that *Charter* remedies will be directed more toward government action in the future and less toward the correction of past wrongs. In the present case, the Hislop class's claim for a retroactive remedy is tantamount to a claim for compensatory damages flowing from the underinclusiveness of the former *CPP*. Imposing that sort of liability on the government, absent bad faith, unreasonable reliance or conduct that is clearly wrong, would undermine the important balance between the protection of constitutional rights and the need for effective government that is struck by the general rule of qualified immunity. A retroactive remedy in the instant case would encroach unduly on the inherently legislative domain of the distribution of government resources and of policy making in respect of this process.

(vi) Conclusion

For the foregoing reasons, the retroactive relief sought by the Hislop class is unavailable under the law applicable to constitutional remedies. It is not therefore necessary to carry out a s. 15(1) analysis in respect of s. 72(1).

(b) *Remedies Arising From the Specific Provisions: Sections 44(1.1) and 72(2)*

We turn now to a consideration of the appropriate remedy for the specific constitutional violations that have been identified in this case.

Writing for a majority of the Court in *Schachter*, Lamer C.J. explained that three questions must be answered when s. 52 of the *Constitution Act, 1982* is engaged: (1) what is the extent of the inconsistency between the impugned provision and the

nouvelle du droit à l'égalité et à la dignité humaine des conjoints de même sexe. Nul ne peut prétendre qu'il leur a accordé une victoire à la Pyrrhus.

(v) Respect du pouvoir du Parlement

Le fait d'établir un juste équilibre entre l'équité envers les parties et de respecter la fonction législative du Parlement peut faire en sorte que les réparations fondées sur la *Charte* visent davantage à modifier l'action gouvernementale ultérieure qu'à corriger les erreurs du passé. Dans la présente affaire, la demande d'une réparation rétroactive par le groupe Hislop équivaut à une demande d'une indemnité pour la portée trop limitative de l'ancien *RPC*. À défaut de mauvaise foi, d'interprétation déraisonnable ou de comportement clairement fautif, l'imputation d'une telle responsabilité au gouvernement mettrait en péril l'équilibre important entre la protection des droits constitutionnels et la nécessité de préserver l'efficacité gouvernementale que permet l'application de la règle générale de l'immunité restreinte. L'octroi d'une réparation rétroactive en l'espèce empiéterait indûment sur le pouvoir — inhérent à la fonction législative — de répartir les ressources publiques et d'adopter des politiques quant à l'exercice de ce pouvoir.

(vi) Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, le droit applicable aux réparations constitutionnelles fait obstacle à l'octroi de la réparation rétroactive demandée par le groupe Hislop. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner le par. 72(1) au regard du par. 15(1).

b) *Réparations pour les par. 44(1.1) et 72(2)*

Nous passons maintenant à l'étude de la réparation qui s'impose eu égard aux atteintes constitutionnelles relevées en l'espèce.

Dans l'arrêt *Schachter*, le juge en chef Lamer a exposé, au nom des juges majoritaires, que lorsque l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* entre en jeu, il faut répondre à trois questions : (1) quelle est l'étendue de l'incompatibilité entre

117

118

119

120

Charter; (2) can that inconsistency be dealt with alone, by way of severance or reading in, or is it too inextricably linked to other parts of the legislation; and (3) should a declaration of invalidity be temporarily suspended?

121

In the present case, ss. 44(1.1) and 72(2), although found within remedial legislation, restrict the availability of that legislation to a marginalized group. The extent of the inconsistency with the equality guarantee is co-extensive with the scope of these two provisions. As such, the inconsistency can be cured without distorting or interfering with the rest of the legislative scheme. A declaration that ss. 44(1.1) and 72(2) are of no force and effect is in keeping with the scheme and obvious purpose of the *MBOA* to extend the survivors' benefit to same-sex survivors. Finally, a temporary suspension of the declaration of invalidity is not appropriate in the present case. As Lamer C.J. noted in *Schachter*, at p. 716, such suspensions are "serious matter[s] from the point of view of the enforcement of the *Charter*" because they allow an unconstitutional state of affairs to persist. Suspensions should only be used where striking down the legislation without enacting something in its place would pose a danger to the public, threaten the rule of law or where it would result in the deprivation of benefits from deserving persons without benefiting the rights claimant (p. 719). None of these factors are present in the case at bar.

122

Throughout these proceedings, the Crown has taken the position that the specific provisions are constitutionally unassailable because they merely ensure that the remedial provisions in the *MBOA* apply prospectively (i.e., not retroactively) from the time of the enactment. Further, the Crown has relied on the argument that same-sex equality rights, as they are understood today, are not what they were in 1985. In effect, it is the Crown's position that striking down the specific provisions would be tantamount to applying today's legal understanding of equality rights to past situations.

123

As we have explained above, the specific provisions violate s. 15(1) and cannot be justified under

la disposition contestée et la *Charte*, (2) peut-on y remédier isolément par voie de dissociation ou d'interprétation large, ou est-elle trop inextricablement liée à d'autres parties de la loi et (3) doit-il y avoir suspension temporaire des effets de la déclaration d'invalidité?

En l'espèce, bien qu'ils figurent dans une loi corrective, les par. 44(1.1) et 72(2) restreignent l'application de cette loi à un groupe marginalisé. L'étendue de l'incompatibilité avec la garantie d'égalité correspond au texte des deux dispositions. Il est donc possible de remédier à l'incompatibilité sans dénaturer les autres dispositions de la loi ou nuire à leur application. Déclarer inopérants les par. 44(1.1) et 72(2) cadre avec l'esprit de la *LMRAO* et son objectif manifeste, à savoir rendre le conjoint survivant de même sexe admissible à la pension de survivant. Enfin, il n'y a pas lieu de suspendre temporairement la déclaration d'invalidité. Comme l'a signalé le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Schachter*, la suspension est « une question sérieuse du point de vue de l'application de la *Charte* », car elle permet à la situation inconstitutionnelle de se perpétuer (p. 716). Il ne faut y avoir recours que lorsque, sans l'adoption de nouvelles dispositions, l'invalidation poserait un danger pour le public, menacerait la primauté du droit ou priverait de prestations des personnes admissibles sans profiter à la personne dont les droits ont été violés (p. 719). Aucune de ces considérations ne vaut en l'espèce.

Pendant toute l'instance, le gouvernement a soutenu que les dispositions contestées étaient constitutionnellement inattaquables parce qu'elles ne visaient qu'à assurer l'application des dispositions correctives de la *LMRAO* à compter de leur adoption (c'est-à-dire, de manière non rétroactive). Il a prétendu en outre que les droits à l'égalité aujourd'hui reconnus aux conjoints de même sexe diffèrent de ceux qui existaient en 1985. Il a donc fait valoir que l'invalidation des dispositions en cause équivaldrait à appliquer à des situations antérieures l'interprétation actuelle des droits à l'égalité.

Nous l'avons expliqué précédemment, les dispositions portent atteinte au par. 15(1) et ne peuvent

s. 1. The constitutional analysis related to these provisions does not depend on any particular conception of the equality rights of same-sex survivors prior to the enactment of the *MBOA*. The specific provisions, as applied to same-sex survivors *today*, are discriminatory.

Any concerns about retroactivity in respect of s. 44(1.1) are misplaced because they mistakenly construe the survivor's benefit as a payment in respect of a past event, namely the death of the survivor's spouse or common law partner, rather than the ongoing status of being a survivor. In our view, the principles articulated by this Court in *Benner* are a complete answer to the Crown's s. 44(1.1) argument.

Benner involved a challenge to provisions of the *Canadian Citizenship Act* that afforded different treatment to applicants for Canadian citizenship, where those applicants were born before February 14, 1977, based on whether they were born of Canadian mothers or Canadian fathers. Children of Canadian fathers were automatically entitled to Canadian citizenship upon registration of their birth, while children of Canadian mothers were required to apply for citizenship, swear an oath and pass a security check. *Benner* challenged the legislative distinction on s. 15(1) grounds, while the Crown resisted the claim in part on the basis that *Benner's* claim involved an impermissible retroactive application of the *Charter* to events that had taken place before the *Charter* came into force. Writing for a unanimous court, Iacobucci J. rejected the Crown's argument and, in so doing, provided a useful clarification of the concepts of retroactivity, retrospectivity and prospectivity.

It should be noted that *Benner* engaged questions related to the retroactive application of the *Charter*, while the instant case raises questions related to the retroactive application of ordinary legislation and to the availability of retroactive remedies for unconstitutional legislation. Although retroactivity raises different concerns in the two contexts, the basic conceptual distinctions between

être justifiées au regard de l'article premier. Leur constitutionnalité ne dépend pas d'une conception particulière des droits à l'égalité des conjoints survivants de même sexe avant l'adoption de la *LMRAO*. Appliquées *aujourd'hui* à ce groupe de personnes, elles sont discriminatoires.

C'est l'assimilation à tort de la prestation de survivant à un paiement découlant d'un événement passé, à savoir le décès de l'époux ou du conjoint de fait, et non de la qualité actuelle de survivant, qui fait indûment craindre une application rétroactive du par. 44(1.1). À notre avis, les principes dégagés dans l'arrêt *Benner* réfutent entièrement l'argumentation du gouvernement relative à cette disposition.

Dans l'affaire *Benner*, les dispositions contestées de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* traitaient différemment les candidats à la citoyenneté nés avant le 14 février 1977 selon qu'ils étaient nés de mère canadienne ou de père canadien. Les enfants nés de père canadien acquéraient la citoyenneté canadienne dès l'enregistrement de leur naissance, tandis que ceux nés de mère canadienne devaient demander la citoyenneté, prêter serment et se soumettre à une enquête de sécurité. M. *Benner* a contesté la distinction sur le fondement du par. 15(1). En défense, le gouvernement a plaidé notamment que la prétention de M. *Benner* supposait l'application rétroactive de la *Charte* à des événements survenus avant son entrée en vigueur, ce qui était inadmissible. Au nom des juges unanimes de notre Cour, le juge Iacobucci a rejeté la thèse du gouvernement et clarifié les notions d'application rétroactive, rétrospective et pour l'avenir.

Il convient de signaler que cette affaire soulevait des questions liées à l'application rétroactive de la *Charte*, alors que la présente espèce porte sur l'application rétroactive d'une loi ordinaire et sur le droit à une réparation rétroactive pour l'inconstitutionnalité de ses dispositions. Bien que la question de la rétroactivité se pose différemment dans l'un et l'autre contextes, les distinctions

124

125

126

retroactivity, retrospectivity and prospectivity remain. As such, Iacobucci J.'s elucidation of these concepts is directly relevant to the present case.

127

First, Iacobucci J. addressed the difference between retroactivity and retrospectivity, citing, at para. 39, E. A. Driedger's explanation from "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 264, at pp. 268-69:

A retroactive statute is one that operates as of a time prior to its enactment. A retrospective statute is one that operates for the future only. It is prospective, but it imposes new results in respect of a past event. A retroactive statute *operates backwards*. A retrospective statute *operates forwards*, but it looks backwards in that it attaches new consequences *for the future* to an event that took place before the statute was enacted. A retroactive statute changes the law from what it was; a retrospective statute changes the law from what it otherwise would be with respect to a prior event. [Emphasis in original.]

Next, Iacobucci J. turned to the difference between retrospectivity and prospectivity, again citing Professor Driedger. He reproduced the following passage from Driedger's *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 192, at para. 42 of his reasons:

These past facts may describe a status or characteristic, or they may describe an event. It is submitted that where the fact-situation is a status or characteristic (the being something), the enactment is not given retrospective effect when it is applied to persons or things that acquired that status or characteristic before the enactment, if they have it when the enactment comes into force; but where the fact-situation is an event (the happening of or the becoming something), then the enactment would be given retrospective effect if it is applied so as to attach a new duty, penalty or disability to an event that took place before the enactment. [Emphasis added.]

conceptuelles fondamentales demeurent entre l'application rétroactive, rétrospective et pour l'avenir. Les précisions du juge Iacobucci à ce sujet valent donc également en l'espèce.

Premièrement, au par. 39 de ses motifs, le juge Iacobucci se penche sur la différence entre rétroactivité et rétrospectivité et se reporte à l'explication d'E. A. Driedger dans « Statutes : Retroactive Retrospective Reflections » (1978), 56 *R. du B. can.* 264, p. 268-269 :

[TRADUCTION] Une loi rétroactive est une loi dont l'application s'applique à une époque antérieure à son adoption. Une loi rétrospective ne dispose qu'à l'égard de l'avenir. Elle vise l'avenir, mais elle impose de nouvelles conséquences à l'égard d'événements passés. Une loi rétroactive agit à l'égard du passé. Une loi rétrospective agit pour l'avenir, mais elle jette aussi un regard vers le passé en ce sens qu'elle attache de nouvelles conséquences à l'avenir à l'égard d'un événement qui a eu lieu avant l'adoption de la loi. Une loi rétroactive modifie la loi par rapport à ce qu'elle était; une loi rétrospective rend la loi différente de ce qu'elle serait autrement à l'égard d'un événement antérieur. [En italique dans l'original.]

Il se penche ensuite sur la différence entre l'application rétrospective et l'application pour l'avenir, citant encore le professeur Driedger mais, cette fois, son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 192 (au par. 42 de ses motifs) :

[TRADUCTION] Ces faits passés peuvent décrire soit un statut ou une caractéristique, soit un événement. On avance que, dans le cas où la situation factuelle en cause constitue un statut ou une caractéristique (le fait d'être quelque chose), on n'attribue aucun effet rétrospectif à un texte de loi lorsqu'il est appliqué à des personnes ou à des choses qui ont acquis ce statut ou cette caractéristique avant l'édiction du texte en question, pourvu qu'elles possèdent toujours le statut ou la caractéristique au moment de l'entrée en vigueur du texte; par contre, dans le cas où la situation factuelle est un événement (le fait que quelque chose survienne ou le fait de devenir quelque chose), on attribuerait un effet rétrospectif au texte de loi s'il était appliqué pour imposer une nouvelle obligation, peine ou incapacité par suite d'un événement survenu avant son édicition. [Nous soulignons.]

It is true, as Iacobucci J. observed, that the distinction between situations involving discrete events and those involving ongoing conditions is not always clear. For example, while the death of a spouse or common law partner is an event, the fact of “being a survivor” is an ongoing condition. The challenge lies in determining whether, in all the circumstances, a particular legislative scheme relates primarily to the past event or the current condition resulting from it (para. 46).

On the facts before the Court in *Benner*, Iacobucci J. concluded that the appellant’s claim did not involve a retrospective application of the *Charter* because it was a claim flowing from Benner’s ongoing status as the child born outside Canada of a Canadian mother before the specified date. The date on which Benner first acquired that status was, in Iacobucci J.’s view, immaterial.

The same reasoning is controlling in the present case. As the Court of Appeal found, the purpose of the *CPP* is “to provide a secure government-controlled pension for retired persons in their senior years, and thereafter to provide for their surviving spouses and partners” (para. 55). The basis for the survivor’s benefit is the continuing status of being a survivor. As Iacobucci J. observed in *Benner*, at para. 56, “the important point is not the moment at which the individual acquires the status in question, it is the moment at which that status is held against him or disentitles him to a benefit”. There is, as such, no merit to the government’s argument that striking down s. 44(1.1) would be tantamount to requiring retroactive remedies for *Charter* violations. The remedy for the class members in relation to s. 44(1.1) is prospective in that it entails granting equal benefit of the law, prospectively, to people who are survivors of same-sex partners.

The government raises the additional argument that the Court should not strike down s. 44(1.1) because doing so would have the unintended effect of excluding same-sex survivors from eligibility for the survivor’s benefit. The Crown’s argument is predicated on the view that the survivor’s benefit is paid in respect of a past event such

Comme le fait observer le juge Iacobucci, la distinction n’est certes pas toujours nette entre deux situations, l’une liée à un événement précis et isolé et l’autre, à un état actuel. Par exemple, le décès d’un époux ou d’un conjoint de fait est un événement, mais le fait d’être un « conjoint survivant » est un état actuel. La difficulté consiste à déterminer si, eu égard aux circonstances, le régime législatif en cause vise principalement l’événement passé ou l’état actuel qui en résulte (par. 46).

Devant les faits de l’espèce, le juge Iacobucci a conclu que faire droit à la demande de l’appelant ne supposait pas l’application rétrospective de la *Charte* parce que la demande découlait du statut actuel de M. Benner, celui d’enfant né à l’étranger d’une mère canadienne avant la date précisée dans la loi. Selon lui, la date à laquelle M. Benner avait acquis ce statut était sans importance.

Le même raisonnement s’applique en l’espèce. Comme l’a conclu la Cour d’appel, le *RPC* a pour objectif d’assurer aux personnes retraitées un régime de pensions public sûr qui pourvoit également aux besoins de leurs époux ou conjoints survivants (par. 55). Le fondement de l’admissibilité à la pension de survivant est la qualité actuelle de survivant. Comme l’a fait remarquer le juge Iacobucci dans l’arrêt *Benner*, « l’élément important n’est pas le moment où la personne acquiert le statut en cause, mais celui auquel ce statut lui est reproché ou la prive du droit d’obtenir un avantage » (par. 56). Le gouvernement prétend donc à tort que la demande d’invalidation du par. 44(1.1) équivaut à la demande d’une réparation rétroactive pour le non-respect de la *Charte*. La réparation accordée aux membres du groupe à l’égard du par. 44(1.1) vaut pour l’avenir puisqu’elle reconnaît, pour l’avenir, aux conjoints survivants de cotisants du même sexe, le droit au même bénéfice de la loi.

Le gouvernement soutient par ailleurs que l’invalidation du par. 44(1.1) ne convient pas parce qu’elle entraînerait l’effet non désiré de rendre les conjoints survivants de même sexe inadmissibles à la pension de survivant. Il tient pour acquis que la pension de survivant est versée en raison d’un événement passé, de sorte que le droit y afférent se

128

129

130

that any entitlement to it crystallizes at the time that the survivor's partner dies and that, but for s. 44(1.1), no benefit would be payable to any survivor whose same-sex common-law partner died before July 2000. As we have stated, this is an untenable view of what the survivor's benefit is and how entitlement to it works. A close look at the July 2000 amendments to the *CPP* reveals that s. 44(1.1) is in fact a limiting provision, such that simply striking it down leaves a coherent provision that provides for equal treatment, in terms of eligibility, of opposite-sex survivors and same-sex survivors.

131

As part of the 2000 amendments, the opposite-sex definition of "spouse" in s. 2(1) of the *CPP* was repealed. In its place, a definition for "survivor" that includes both opposite-sex and same-sex spouses was added to Part II, "Pensions and Supplementary Benefits", in s. 42(1). Finally, s. 44(1)(d), which sets out the basic entitlement to the survivor's benefit, was amended by replacing reference to the statutory definition of "spouse" with reference to the new statutory definition of "survivor". The amended provision provides that "subject to subsection (1.1), a survivor's pension shall be paid to the survivor of a deceased contributor . . .".

132

Once eligibility is understood in terms of the current status of being a survivor, it becomes clear that the effect of the amendments listed above is to extend entitlement to the survivor's benefit under s. 44(1)(d) to same-sex survivors. The function of s. 44(1.1) is purely restrictive: it limits that entitlement based on the date on which the applicant became a survivor. As such, striking down s. 44(1.1) has no unintended or undesirable effect.

133

The analysis in relation to s. 72(2) is somewhat different. Prior to the enactment of the *MBOA*, it is true that same-sex survivors had no right to the survivor's benefit. Striking down s. 72(2) admittedly alters the legal consequences of having been a survivor (a past situation) in the 12 months preceding July 2000, when the *MBOA* came into force.

cristallise au décès du conjoint et que si le par. 44(1.1) ne s'applique pas, aucune pension n'est payable au survivant dont le conjoint cotisant de même sexe est décédé avant juillet 2000. Nous le répétons, cette conception de la pension de survivant et des conditions de son obtention est indéfendable. L'examen attentif des modifications apportées au *RPC* en juillet 2000 révèle que le par. 44(1.1) joue en fait le rôle d'une disposition limitative, de sorte que son invalidation laisserait subsister une disposition cohérente assurant un traitement égal, sur le plan de l'admissibilité, aux conjoints survivants de même sexe et à ceux de sexe différent.

La réforme de 2000 a abrogé au par. 2(1) du *RPC* la définition selon laquelle « conjoint » s'entendait d'une personne du sexe opposé. Une définition de « survivant » incluant le conjoint de même sexe et celui de sexe différent a été ajoutée en lieu et place au par. 42(1) (partie II : Pensions et prestations supplémentaires). Enfin, l'al. 44(1)d), qui établit l'admissibilité de base à la pension de survivant, a été modifié par le renvoi non plus à la définition de « conjoint » mais à celle, nouvelle, de « survivant ». La disposition modifiée prévoit que « sous réserve du paragraphe (1.1), une pension de survivant doit être payée à la personne qui a la qualité de survivant d'un cotisant . . . ».

Lorsqu'on considère l'admissibilité sous l'angle de la qualité actuelle de survivant, il est clair que les modifications susmentionnées rendent le conjoint survivant de même sexe admissible à la pension de survivant suivant l'al. 44(1)d). Le paragraphe 44(1.1) a une portée purement restrictive : il limite le droit à la pension en fonction de la date à laquelle le demandeur est devenu survivant. Son invalidation ne provoque donc pas d'effet imprévu ou indésirable.

En ce qui concerne le par. 72(2), l'analyse diffère quelque peu. Il est vrai qu'avant l'adoption de la *LMRAO*, le conjoint survivant de même sexe n'avait pas droit à la pension de survivant. L'invalidation du par. 72(2) modifie certes les conséquences juridiques du fait d'avoir été un conjoint survivant (une situation antérieure) au cours des 12 mois ayant

To the extent that this involves a retroactive change in the law, it flows necessarily from the fact that Parliament has included in the *CPP* a right to up to 12 months of arrears. It is clearly open to Parliament to legislate retroactively, which it has done in s. 72(1). The *Charter* simply requires that same-sex survivors receive equal treatment as their opposite-sex counterparts. To the extent that s. 72(2) withholds from same-sex survivors a right to arrears to which similarly situated opposite-sex survivors are entitled, it is of no force and effect.

In conclusion, class members who were precluded by s. 44(1.1) or s. 72(2) from receiving the survivor's benefit, and who otherwise meet the eligibility requirements, will be entitled to payment of that benefit. In the circumstances, the relevant date for the purpose of that payment is the date on which application was received or where no application was made because of the unconstitutional provisions, the date on which the statement of claim was filed. In no event are benefits payable in respect of a month prior to August 1999, which is the earliest month in respect of which a class member who applied for the survivor's benefit on the day the *MBOA* came into force could have been eligible.

VII. Interest

For the reasons given by the Court of Appeal, we reject the government's contention that pre-judgment interest is not available in the instant case. In short, s. 31 of the *Crown Liability and Proceedings Act* provides that, subject to an express provision in another enactment, successful litigants are entitled to pre-judgment interest from the Crown in the same way that they would be so entitled as against any other litigant. The *CPP* is silent on the issue of pre-judgment interest and cannot, as such, reasonably be interpreted as creating an exception to the entitlement created by s. 31 of the *Crown Liability and Proceedings Act*.

précédé l'entrée en vigueur de la *LMRAO* en juillet 2000. La modification rétroactive du droit qui en résulte découle nécessairement du fait que le législateur a prévu dans le *RPC* le droit à au plus 12 mois de prestations rétroactives. Le législateur peut indéniablement adopter une disposition rétroactive telle que le par. 72(1). La *Charte* exige simplement que le conjoint survivant de même sexe soit traité sur un pied d'égalité avec le conjoint survivant de sexe différent. Le paragraphe 72(2) est inopérant dans la mesure où il prive le conjoint survivant de même sexe des prestations rétroactives auxquelles a droit dans les mêmes circonstances le conjoint survivant de sexe différent.

En conclusion, les membres du groupe que les par. 44(1.1) ou 72(2) ont empêchés de toucher la pension de survivant et qui satisfont par ailleurs aux critères d'admissibilité, ont droit à la pension. Dans les circonstances, la date pertinente pour les besoins du versement est celle de la réception de la demande ou, lorsque aucune demande de pension n'a été présentée à cause des dispositions inconstitutionnelles, celle du dépôt de la demande en justice. Aucune prestation n'est payable pour un mois antérieur à août 1999, qui marque le début de la période pour laquelle un membre du groupe ayant demandé des prestations de survivant le jour de l'entrée en vigueur de la *LMRAO* aurait pu y avoir droit.

VII. Intérêt

Pour les motifs exposés par la Cour d'appel, nous rejetons l'argument du gouvernement selon lequel on ne devrait pas en l'espèce accorder de l'intérêt avant jugement. En résumé, l'art. 31 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* dispose que sauf disposition contraire d'une autre loi, la partie qui obtient gain de cause contre l'État a droit à de l'intérêt avant jugement comme si elle avait gain de cause contre n'importe quelle autre partie. Le *RPC* ne prévoyant rien au sujet de l'intérêt avant jugement, l'on ne saurait raisonnablement considérer qu'il crée une exception au droit conféré à l'art. 31 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*.

134

135

VIII. Disposition

136

The appeal and cross-appeal are dismissed without costs. The constitutional questions are answered as follows:

1. Does s. 44(1.1) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

3. Does s. 72(2) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

5. Does s. 60(2) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

VIII. Dispositif

Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés sans dépens. Nous répondons comme suit aux questions constitutionnelles.

1. Le paragraphe 44(1.1) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, viole-t-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

3. Le paragraphe 72(2) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, viole-t-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

4. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

5. Le paragraphe 60(2) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, viole-t-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

6. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

7. Does s. 72(1) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

8. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

The following are the reasons delivered by

BASTARACHE J. — I have read the joint reasons of my colleagues Justices LeBel and Rothstein, and, while I agree with their disposition of this appeal, I cannot fully agree with their approach to the question of retroactive constitutional remedies. In my view, their reliance on the existence of a substantial change of law is an inappropriate consideration in the context of rights guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is, in any event, inapplicable to this appeal. The decision to deny retroactive relief, and the appellants' challenge to s. 72(1) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8 (“*CPP*”), specifically, should be based purely on the balancing of interests that must take place in any claim for relief from an unconstitutional law.

The Retroactivity of Constitutional Remedies

It is important to be clear about the nature and reasons for retroactive constitutional remedies. The general and well-established rule is that remedies for constitutional violations apply retroactively (S. Choudhry and K. Roach, “Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies” (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205, at p. 211). The basis for general retroactivity

7. Le paragraphe 72(1) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, viole-t-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

8. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE — J'ai lu les motifs conjoints de mes collègues les juges LeBel et Rothstein. Je suis d'accord avec la manière dont ils statuent sur le pourvoi, mais je ne puis souscrire en totalité à leur raisonnement en ce qui concerne la rétroactivité de la réparation constitutionnelle. À mon avis, la modification fondamentale du droit, sur laquelle ils s'appuient, n'est pas une considération pertinente dans le contexte de droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* et, de toute manière, son existence n'est pas établie en l'espèce. Le refus d'une réparation rétroactive et, plus particulièrement, le rejet de la contestation du par. 72(1) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8 (« *RPC* »), devraient reposer uniquement sur la mise en balance des intérêts en cause par tout tribunal saisi d'une demande de réparation fondée sur l'inconstitutionnalité d'une loi.

La rétroactivité de la réparation constitutionnelle

Il importe de bien comprendre la nature et la raison d'être d'une réparation constitutionnelle rétroactive. Une règle générale bien établie veut que la réparation accordée par suite d'une atteinte à la Constitution s'applique rétroactivement (S. Choudhry et K. Roach, « Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies » (2003), 21 *S.C.L.R.*

is not Blackstone's declaratory theory, but the Constitution itself. Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* establishes that any law which is inconsistent with the Constitution of Canada "is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect". The Constitution exists independently of judicial decisions and, as such, any law which is inconsistent with it is invalidated from the moment the law came into effect. Gonthier J. explained this principle clearly in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54, at para. 28:

The invalidity of a legislative provision inconsistent with the Charter does not arise from the fact of its being declared unconstitutional by a court, but from the operation of s. 52(1). Thus, in principle, such a provision is invalid from the moment it is enacted, and a judicial declaration to this effect is but one remedy amongst others to protect those whom it adversely affects. In that sense, by virtue of s. 52(1), the question of constitutional validity inheres in every legislative enactment. [Emphasis added.]

(See also P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 55-2; K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (loose-leaf), at para. 14.920.)

139

This rule applies equally in the context of the *Charter*. Laws which violate *Charter* guarantees are invalid from the date that the provisions of the *Charter* came into force: *Jim Pattison Industries Ltd. v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 954 (T.D.), at p. 957; *Davidson v. Davidson* (1986), 33 D.L.R. (4th) 161 (B.C.C.A.), at p. 170, leave to appeal refused, [1987] 1 S.C.R. vii; *Rath v. Kemp* (1996), 46 Alta. L.R. (3d) 1 (C.A.), at para. 25. In the case of a violation of s. 15, this would mean that, in theory, a law which violates the *Charter* would be invalid as of April 17, 1985 or the date of its adoption, if later.

140

The general norm of retroactivity has been reaffirmed many times by this Court. In *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, the finding that the Province of Manitoba has been constitutionally required since 1890 to enact its laws both in English and in French applied not only

(2d) 205, p. 211). Cette rétroactivité générale n'a pas pour fondement la théorie déclaratoire de Blackstone, mais la Constitution elle-même. Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* dispose que la Constitution « rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». La Constitution existe indépendamment de la jurisprudence, de sorte que toute règle de droit incompatible est invalide à compter de son entrée en vigueur. Le juge Gonthier a bien expliqué le principe dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, par. 28 :

L'invalidité d'une disposition législative incompatible avec la Charte découle non pas d'une déclaration d'inconstitutionnalité par une cour de justice, mais plutôt de l'application du par. 52(1). Donc, en principe, une telle disposition est invalide dès son adoption, et l'obtention d'un jugement déclaratoire à cet effet n'est qu'un moyen parmi d'autres de protéger ceux et celles qui en souffrent préjudice. En ce sens, la question de la constitutionnalité est inhérente à tout texte législatif en raison du par. 52(1). [Je souligne.]

(Voir aussi P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 55-2; K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (feuilles mobiles), par. 14.920.)

Ce principe vaut également pour la *Charte*. La règle de droit qui porte atteinte à un droit garanti par une disposition de la *Charte* est invalide à compter de l'entrée en vigueur de cette disposition : *Jim Pattison Industries Ltd. c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 954 (1^{re} inst.), p. 957; *Davidson c. Davidson* (1986), 33 D.L.R. (4th) 161 (C.A.C.-B.), p. 170, autorisation d'appel refusée, [1987] 1 R.C.S. vii; *Rath c. Kemp* (1996), 46 Alta. L.R. (3d) 1 (C.A.), par. 25. Il s'ensuit donc théoriquement que la règle de droit contraire à l'art. 15 de la *Charte* est invalide depuis le 17 avril 1985 ou la date de son adoption ultérieure.

Notre Cour a confirmé maintes fois le principe général de la rétroactivité. Dans *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, la conclusion selon laquelle le Manitoba était constitutionnellement tenu d'édicter ses lois en anglais et en français depuis 1890 valait non

for the future, but also retroactively to all of its laws that had been enacted in English only since 1890. The declaration of invalidity was suspended in order to preserve the rule of law, but there was no doubt that a finding of unconstitutionality applied retroactively. In *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, a violation of s. 15(1) of the *Charter* was cured by reading the excluded group into the legislation, a remedy that applied retroactively. In *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906, the Court severed an offending portion of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and ordered a new trial on the basis of the provision as amended even though, strictly speaking, it was not the law of the land when the alleged crime had been committed. These cases are only examples, but they confirm that retroactivity of a constitutional remedy granted under s. 52(1) is the norm in our constitutional jurisprudence, not the exception.

With respect, my colleagues ignore the fact that Blackstone's comments on the nature of judicial law making were made in the context of the common law and find only limited application in the constitutional context. As it pertains to the common law, Blackstone's declaratory theory is necessarily a fiction because there is no independent source for common law rules. The common law is by definition judge-made. It does not exist in some jurisprudential ether for judges to discover. Therefore when judges overturn precedents or establish a new common law rule, they are undoubtedly making new law.

The same cannot be said for judicial decisions which interpret and apply the Constitution. The Constitution exists independently of judicial decisions. Judges do not "make" the Constitution every time they interpret its provisions. Interpretations of what the Constitution requires may change, but the underlying rights and freedoms endure. *Charter* rights are not created every time a court expressly overrules or implicitly repudiates a prior decision or gives "content to broad, but previously undefined, rights, principles or norms" (LeBel and Rothstein JJ., at para. 99). The rights and freedoms

seulement pour l'avenir, mais également pour toutes les lois que la province avait adoptées seulement en anglais depuis 1890. Notre Cour a suspendu la déclaration d'invalidité pour préserver la primauté du droit, mais la rétroactivité de la déclaration d'inconstitutionnalité ne faisait aucun doute. Dans l'arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, notre Cour a remédié à la violation du par. 15(1) de la *Charte* en incluant le groupe exclu par voie d'interprétation large, et ce, rétroactivement. Dans l'arrêt *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906, elle a retranché le passage attentatoire du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et ordonné un nouveau procès selon la disposition modifiée même si, à strictement parler, celle-ci ne correspondait pas au droit applicable au moment du crime allégué. Ce ne sont que des exemples, mais ils confirment que la rétroactivité de la réparation constitutionnelle fondée sur le par. 52(1) est la norme et non l'exception dans notre jurisprudence constitutionnelle.

En toute déférence, mes collègues ne tiennent pas compte du fait que Blackstone s'est prononcé sur la nature de la fonction législative des tribunaux dans le contexte de la common law et que l'application de ses commentaires au domaine constitutionnel est limitée. Appliquée à la common law, la théorie déclaratoire de Blackstone est nécessairement une fiction, car les règles de ce régime n'ont pas de source indépendante. La common law est par définition un droit prétorien. Ses règles n'attendent pas dans les limbes jurisprudentiels que les tribunaux les découvrent. Le tribunal qui infirme un précédent ou établit une nouvelle règle de common law crée assurément une règle de droit nouvelle.

Il en va autrement lorsqu'il interprète et applique la Constitution, car celle-ci existe indépendamment des décisions judiciaires. Les tribunaux ne « créent » pas le droit constitutionnel chaque fois qu'ils interprètent une disposition de la Constitution. L'interprétation des obligations constitutionnelles peut changer, mais les droits et libertés sous-jacents demeurent. Un droit garanti par la *Charte* n'est pas créé chaque fois qu'un tribunal infirme expressément ou désavoue implicitement une décision antérieure ou détermine « la teneur de droits, de normes ou de principes généraux non encore définis » (les

141

142

in the *Charter* were guaranteed to all Canadians from the moment the *Charter* came into force.

143

By justifying the denial of retroactive relief in part on the existence of a “substantial change in the law”, my colleagues give *Charter* rights an uncertain status. I cannot accept an approach that, for remedial purposes, implies that *Charter* rights can be here one day and gone the next or, conversely, that they depend on judicial recognition of “a new or newly recognized technological or social environment” (para. 99) for their genesis. Such reasoning represents a watering down of the promise made to all Canadians when the *Charter* was enacted. By attaching importance to changing social conditions, it makes *Charter* rights dependent on how the majority of Canadians perceive the claimants’ rights. With respect, I cannot see why society’s views of *Charter* claimants — especially in the context of vulnerable minorities — should be a factor for determining whether a *Charter* right was part of the Constitution in 1985, or whether it sprung into existence later and thereby be a basis for denying retroactive relief.

144

I should note that I am not advocating for a view of the Constitution that says that it is frozen in time. The “living tree” metaphor aptly describes how through time our Constitution may change to correspond to new realities. But that does not mean that every time a new constitutional interpretation is adopted or a previous decision is overturned that the fundamental rights and freedoms guaranteed in our *Charter* have changed or that new ones have been created. There is a difference between changes in constitutional interpretation and actual constitutional change. Furthermore, the “living tree” doctrine is a doctrine of “progressive interpretation” (*Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79, at paras. 22-23 (emphasis added)), necessary to ensure that our Constitution does not become rigid and unresponsive to Canadian society. It should not be used as a justification for denying relief to a particular group of *Charter* claimants.

juges LeBel et Rothstein, par. 99). Dès son entrée en vigueur, la *Charte* a garanti à tous les Canadiens les droits et libertés qui y sont inscrits.

En fondant en partie le refus d’une réparation rétroactive sur la « modification fondamentale du droit », mes collègues rendent incertaine l’application des droits garantis par la *Charte*. Je ne puis souscrire à un raisonnement qui, en matière de réparation, fait en sorte qu’un droit constitutionnel reconnu un jour disparaisse le lendemain ni, à l’inverse, que son existence dépende de la reconnaissance judiciaire d’un « contexte technologique ou social nouveau ou dont l’existence a récemment été reconnue » (par. 99). Pareil raisonnement dilue la promesse faite à tous les Canadiens lors de l’adoption de la *Charte*. En attachant de l’importance à l’évolution du contexte social, il fait dépendre les droits constitutionnels de quiconque de la perception qu’en a la majorité des Canadiens. Je ne vois pas pourquoi le sentiment de la société à l’égard de ceux qui invoquent la *Charte* — en particulier les membres de minorités vulnérables — devrait être pris en compte pour décider si un droit garanti par la *Charte* faisait partie de la Constitution en 1985 ou s’il a vu le jour ultérieurement, ce qui exclurait une réparation rétroactive.

Je ne défends pas pour autant l’immuabilité de la Constitution. La métaphore de « l’arbre vivant » illustre bien la manière dont notre Constitution peut, avec le temps, s’adapter aux réalités nouvelles. Or, toute interprétation nouvelle de la Constitution ou infirmation d’une décision antérieure ne modifie pas les droits et libertés fondamentaux garantis par la *Charte* ni n’en crée de nouveaux. Interpréter la Constitution différemment n’équivaut pas à la modifier. De plus, la doctrine de « l’arbre vivant » promeut l’« interprétation progressiste » de notre Constitution (*Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79, par. 22-23 (je souligne)), afin d’éviter sa sclérose et son inadaptation à la société canadienne. Elle ne devrait pas justifier le refus d’une réparation constitutionnelle à un groupe en particulier.

For these reasons, I cannot accept my colleagues' critique of the declaratory approach as a basis for denying retroactive relief. As will be explained below, there are important reasons for denying retroactive relief in certain circumstances. I am largely in agreement with my colleagues on what they are. But I cannot agree that they have anything to do with the success or failure of the "Blackstonian paradigm" in the context of constitutional law.

The dangers of my colleagues' approach are adequately evidenced when applied to the claimants in this appeal. The starting point of their analysis is that there was a substantial change in the law between 1985, when s. 15(1) of the *Charter* came into force, and this Court's decision in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3. The implication is that the right of same-sex spouses not to be excluded from survivor benefits did not form part of the Constitution until 1999. To put it bluntly, s. 15(1) of the *Charter* did not extend to same-sex couples until this Court said it did. I note that my colleagues are not simply saying that this Court's *interpretation* of the Constitution had changed between 1985 and 1999. If that were the case, it would be sufficient to base their denial of retroactive relief solely on the good faith reliance of the government. Instead, by relying on a critique of the declaratory theory and the "living tree" doctrine, my colleagues assert, in essence, that the Constitution actually changed between 1985 and 1999 and that the claimants, unlike other Canadians, were not entitled to its protection in 1985. Such an approach runs counter to the spirit of the *Charter* and should not be countenanced.

Furthermore, it is not at all clear that a substantial change in the law actually occurred sufficient to trigger a departure from the norm of retroactivity under my colleagues' threshold approach. A review of the case law before and after *Egan* suggests that it was not the "final word" on s. 15(1) and discrimination of same-sex couples.

C'est pourquoi je ne puis, comme mes collègues, imputer aux limites de la théorie déclaratoire le refus d'une réparation rétroactive. Comme je l'explique plus loin, d'importantes raisons justifient ce refus dans certaines circonstances. Mes collègues et moi convenons généralement de ces raisons, mais j'estime qu'elles n'ont rien à voir avec l'application ou l'inapplication du « modèle blackstonien » à la Constitution.

Le présent pourvoi met bien en évidence les dangers de la démarche de mes collègues. Le point de départ de leur analyse est qu'une modification fondamentale du droit s'est produite entre l'entrée en vigueur du par. 15(1) de la *Charte* en 1985 et l'arrêt *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3. Il s'ensuit que l'admissibilité du conjoint de même sexe à la pension de survivant n'a pas été garantie par la Constitution avant 1999. En clair, le par. 15(1) de la *Charte* ne s'est appliqué au conjoint de même sexe que lorsque notre Cour en a décidé ainsi. Mes collègues ne se contentent pas d'affirmer que notre *interprétation* de la Constitution a évolué de 1985 à 1999, auquel cas la bonne foi avec laquelle le gouvernement s'est fondé sur la jurisprudence constitutionnelle aurait suffi à justifier le refus d'une réparation rétroactive. En s'appuyant sur la critique de la théorie déclaratoire et la doctrine de « l'arbre vivant », mes collègues affirment plutôt, pour l'essentiel, que la Constitution a évolué entre 1985 et 1999 et que contrairement aux autres Canadiens, les membres du groupe Hislop n'avaient pas droit à sa protection en 1985. Ce raisonnement est contraire à l'esprit de la *Charte* et je ne saurais y souscrire.

Qui plus est, il n'est pas du tout certain que le droit ait subi une modification si fondamentale — la condition première posée par mes collègues — qu'elle justifie la mise à l'écart de la norme de la rétroactivité. Il appert de l'examen de la jurisprudence antérieure et postérieure à l'arrêt *Egan* que cet arrêt ne représentait pas le « dernier mot » au sujet de l'application du par. 15(1) et de la discrimination envers les conjoints de même sexe.

145

146

147

148 Courts did not begin pronouncing on the extent of protection that s. 15 afforded to same-sex couples until the late 1980s, and then with conflicting results. In *Andrews v. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258, the Ontario High Court of Justice held that it was not discriminatory to deny provincial health insurance benefits to same-sex dependants based on the definition of “spouse” in the applicable legislation. In *Vogel v. Manitoba* (1992), 90 D.L.R. (4th) 84 (Man. Q.B.), exclusion of a same-sex partner from an employer’s spousal benefit plan was held not to be discriminatory.

149 In other cases, the opposite result was achieved. In *Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service)*, [1990] 1 F.C. 321, the Federal Court—Trial Division found that it was an infringement of s. 15(1) to deny visitation rights to the same-sex partner of an inmate and that the infringement could not be saved under s. 1. In *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356 (S.C.), in direct opposition to *Andrews*, regulations excluding same-sex dependants from claiming provincial health insurance benefits were found to be an unjustified infringement of s. 15(1) and a declaration that same-sex couples be read into the definition of “spouse” was made.

150 This Court first came close to the issue in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, which involved a provision of a collective agreement that restricted bereavement leave to members of an employee’s “immediate family”. The complainant had sought to have the day he took off work to attend the funeral of his same-sex partner’s father count as bereavement leave. The majority (in a 4-3 decision) decided the issue on the narrow ground that the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, did not include sexual orientation as a ground of discrimination. Lamer C.J. noted, however, that the case could have been argued on the basis that the *Charter* required

Ce n’est que vers la fin des années 1980 que les tribunaux ont commencé à statuer sur l’étendue de la garantie qu’offrait l’art. 15 aux conjoints de même sexe. Leurs décisions ont été contradictoires. Dans *Andrews c. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258, la Haute Cour de justice de l’Ontario a décidé qu’au vu de la définition de « conjoint » dans la loi applicable, il n’était pas discriminatoire de refuser des prestations provinciales d’assurance-maladie à une personne à charge de même sexe. Dans *Vogel c. Manitoba* (1992), 90 D.L.R. (4th) 84, la Cour du Banc de la Reine du Manitoba est arrivée à la même conclusion concernant l’inadmissibilité d’un conjoint de même sexe au régime d’avantages sociaux de l’employeur.

Dans d’autres affaires, la conclusion contraire a été tirée. Dans *Veysey c. Canada (Commissaire du Service correctionnel)*, [1990] 1 C.F. 321, la Section de première instance de la Cour fédérale a jugé que le refus de permettre à un détenu de recevoir la visite de son conjoint de même sexe contrevenait au par. 15(1) et que la violation ne pouvait être justifiée au regard de l’article premier. Dans *Knodel c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356 (C.S.), à l’opposé de la décision *Andrews*, la cour a conclu que la disposition réglementaire rendant la personne à charge de même sexe inadmissible aux prestations provinciales d’assurance-maladie constituait une atteinte injustifiée au par. 15(1), ajoutant que suivant une interprétation large, le mot « conjoint » s’entendait notamment du conjoint de même sexe.

Dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, portant sur une disposition d’une convention collective accordant un congé de deuil aux membres de la « proche famille » de l’employé, notre Cour a effleuré la question pour la première fois. Le plaignant avait demandé un congé de deuil après avoir assisté aux funérailles du père de son conjoint de même sexe. La décision majoritaire de notre Cour (4 juges contre 3) reposait sur le seul motif que l’orientation sexuelle ne figurait pas parmi les motifs de discrimination énoncés dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6. Or, selon le juge en chef Lamer, le plaignant aurait pu

sexual orientation to be read into the *Canadian Human Rights Act*. Because the *Charter* argument had not been made, he felt the Court had to apply the Act as it stood. He made it clear that he would have perhaps decided the case differently if sexual orientation had been a prohibited ground of discrimination (p. 582).

The next time this Court dealt with the issue was in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513. In a narrow 5-4 decision, this Court held that the definition of “spouse” under the *Old Age Security Act*, R.S.C. 1985, c. O-9, for the purposes of spousal allowances under the Act, was an infringement of s. 15(1), but was saved under s. 1. Sopinka J. cast the deciding vote. Central to his reasoning was that governments should be accorded some leeway in extending social benefits. In this regard, he agreed with La Forest J.’s suggestion in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, that governments should be allowed time to take incremental measures to deal with discrimination (para. 105).

It was soon clear that *Egan* was not the final word on the matter. The Manitoba Court of Appeal rendered its judgment in *Vogel v. Manitoba* (1995), 126 D.L.R. (4th) 72, a few months after *Egan*. It reversed the trial judge’s decision and held that it was discriminatory under provincial human rights legislation to exclude same-sex partners from employee benefit plans on the basis that same-sex partners were not included in the term “spouse”. Helper J.A. and Scott C.J.M. relied on *Egan* to find that the eligibility criteria of the scheme were discriminatory. A little more than a year later, the Ontario Court of Appeal released its decision in *M. v. H.* (1996), 96 O.A.C. 173. Charron J.A. (as she then was) found that the definition of “spouse” contained in the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, and which excluded same-sex couples, was a violation of s. 15(1) and could not be saved under s. 1. Although she took notice of this Court’s decision in *Egan*, she was of the view that it was not

soutenir que la *Charte* commandait une interprétation large de cette loi de telle sorte que l’orientation sexuelle constitue un motif de discrimination interdit. Mais comme il n’avait pas invoqué la *Charte*, notre Cour devait appliquer le strict libellé de la loi. Le Juge en chef a clairement indiqué qu’il aurait pu rendre une décision différente si l’orientation sexuelle avait constitué un motif de discrimination interdit (p. 582).

La question s’est posée de nouveau dans l’affaire *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, où notre Cour a statué à raison de 5 juges contre 4 que la définition de « conjoint » prévue dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. 1985, ch. O-9, violait le par. 15(1) quant à l’admissibilité à l’allocation au conjoint, mais que l’atteinte était justifiée au regard de l’article premier. Le juge Sopinka a fait pencher la balance. Son raisonnement a essentiellement été que le gouvernement devait disposer d’une certaine marge de manœuvre dans l’octroi de prestations sociales. À cet égard, il s’est rangé à l’avis du juge La Forest dans l’arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à savoir qu’il faut permettre aux gouvernements de prendre des mesures graduelles pour mettre fin à la discrimination (para. 105).

Peu après, il est devenu évident que l’arrêt *Egan* n’avait pas définitivement réglé la question. Quelques mois plus tard, dans l’arrêt *Vogel c. Manitoba* (1995), 126 D.L.R. (4th) 72, la Cour d’appel du Manitoba a infirmé la décision de première instance et conclu que suivant les dispositions provinciales sur les droits de la personne, il était discriminatoire de tenir le conjoint de même sexe pour inadmissible au régime d’avantages sociaux d’un employé au motif qu’il n’était pas visé par la définition du mot « conjoint ». La juge Helper et le juge en chef Scott ont invoqué l’arrêt *Egan* pour conclure que les critères d’admissibilité au régime étaient discriminatoires. Un peu plus d’un an après, la Cour d’appel de l’Ontario s’est prononcée dans l’affaire *M. c. H.* (1996), 96 O.A.C. 173. La juge Charron (maintenant juge de notre Cour) a conclu que la définition de « conjoint » figurant dans la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, et excluant le conjoint de même sexe, violait le

151

152

determinative since the objectives of the legislation in each case were different (para. 84). The Court of Appeal's decision in *M. v. H.* was relied upon in *Kane v. Ontario (Attorney General)* (1997), 152 D.L.R. (4th) 738 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), to hold that the exclusion of same-sex partners from the definition of "spouse" in Ontario's *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8, was also unconstitutional.

153 In *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, this Court rejected the incrementalist approach that was relied upon in part by Sopinka J. in *Egan* to find that the constitutional violation in that case was saved under s. 1.

154 Relying on its own jurisprudence and this Court's decision in *Vriend*, the Ontario Court of Appeal held in *Rosenberg v. Canada (Attorney General)* (1998), 38 O.R. (3d) 577, that a provision of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), that limited the definition of "spouse" to opposite sex couples was unconstitutional.

155 Finally, in *M. v. H.*, this Court upheld the Ontario Court of Appeal's decision that the exclusion of same-sex couples from the definition of spouse in the *Family Law Act* was unconstitutional. Iacobucci J. distinguished this Court's holding in *Egan* on the same grounds as the Court of Appeal had, namely that the legislative objectives at issue were entirely different (para. 75). It was in response to this decision that the federal government decided to enact the amendments to federal legislation, including the *CPP*, contained in the *Modernization of Benefits and Obligations Act*, S.C. 2000, c. 12.

156 As can be seen, the majority of cases both before and after *Egan* indicated that differential treatment of same-sex couples was discriminatory and could not be justified under s. 1. It is true that this Court has the final word on the interpretation of the Constitution. However, I find it difficult to believe that *Egan* was the final word — even for a time —

par. 15(1) et ne pouvait être justifiée au regard de l'article premier. Bien qu'elle l'ait pris en considération, l'arrêt *Egan* ne lui a pas paru déterminant, car l'objectif de la loi différait dans l'une et l'autre affaires (par. 84). Dans la décision *Kane c. Ontario (Attorney General)* (1997), 152 D.L.R. (4th) 738 (C. Ont. (Div. gén.)), l'arrêt *M. c. H.* de la Cour d'appel a été invoqué pour conclure également à l'inconstitutionnalité de l'exclusion du conjoint de même sexe de la définition de « conjoint » applicable à la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, ch. I.8.

Dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, notre Cour a rejeté la démarche graduelle sur laquelle le juge Sopinka avait en partie fondé sa conclusion dans *Egan* que la violation constitutionnelle était justifiée au regard de l'article premier.

Dans l'arrêt *Rosenberg c. Canada (Attorney General)* (1998), 38 O.R. (3d) 577, s'appuyant sur sa propre jurisprudence et sur l'arrêt *Vriend* de notre Cour, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu à l'inconstitutionnalité d'une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), selon laquelle le mot « conjoint » ne s'entendait que d'un conjoint du sexe opposé.

Enfin, dans l'arrêt *M. c. H.*, à l'instar de la Cour d'appel de l'Ontario, notre Cour a conclu à l'inconstitutionnalité de l'exclusion du conjoint de même sexe de la définition du mot « conjoint » applicable à la *Loi sur le droit de la famille*. Le juge Iacobucci a expliqué la rupture avec l'arrêt *Egan* en reprenant les motifs de la Cour d'appel, à savoir que les objectifs législatifs en cause étaient totalement différents (par. 75). C'est pour donner suite à cette décision que le gouvernement fédéral a adopté la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, ch. 12, modifiant notamment le *RPC*.

Il appert que dans la plupart des décisions antérieures ou postérieures à l'arrêt *Egan*, les tribunaux ont conclu que le traitement différent réservé au conjoint de même sexe était discriminatoire et ne pouvait être justifié au regard de l'article premier. Notre Cour a certes le dernier mot dans l'interprétation de la Constitution, mais j'ai peine à croire que

on the application of s. 15(1) to same-sex couples. *Egan* was decided on the basis of s. 1 arguments that were tailored to the specific legislative objectives at issue in that case. After *Egan*, it was far from clear whether its reasoning would apply outside the realm of social assistance schemes such as Old Age Security. Indeed, a number of decisions, including this Court's decision in *M. v. H.*, distinguished *Egan* on this basis. It did not stand for the application of s. 15(1) to all instances of legislative exclusions of same-sex couples. Given the *CPP*'s status as an insurance-based scheme, where contributions are paid by employers and employees, it is difficult to see how *Egan* definitely settled the issue with regard to the exclusion of same-sex couples from survivor's benefits under the *CPP*.

Furthermore, given the contradictory decisions both before and after *Egan*, the closeness of the decision in that case, and the difficult nature of the issues at stake, it is difficult to see *Egan* as definitively establishing what the Constitution required. The reality is that it was for a time unclear exactly how s. 15(1) would apply to same-sex couples. The judicial process can be slow. It took time for this Court and others to articulate the correct constitutional principles to be applied to legislative exclusions of same-sex couples. That does not mean that this Court was upsetting established law when it handed down its decision in *M. v. H.* In short, even if the existence of a substantial change in the law was an appropriate threshold criterion, no such change actually occurred in this case. We must therefore look to other reasons for denying retroactive relief.

The Correct Approach to Retroactive Remedies in This Case

It is well established in Canadian constitutional law that courts will seek to balance competing interests when devising remedies for constitutional violations (Roach, at paras. 3.680 to 3.780). The starting point is that past constitutional violations

l'arrêt *Egan* ait représenté son dernier mot — même momentanément — concernant l'application du par. 15(1) au conjoint de même sexe. Dans cet arrêt, notre Cour a statué à partir d'arguments formulés en fonction de l'article premier et des objectifs particuliers des dispositions législatives en cause. Par la suite, il était loin d'être clair que le même raisonnement valait pour d'autres contextes que les régimes d'aide sociale comme celui de la sécurité de la vieillesse. C'est d'ailleurs pourquoi une distinction avec l'arrêt *Egan* a été faite dans maintes décisions, dont l'arrêt *M. c. H.*, de notre Cour. L'arrêt *Egan* ne statuait pas sur l'application du par. 15(1) dans tous les cas d'exclusion légale du conjoint de même sexe. Le *RPC* étant un régime d'assurance auquel cotisent employeurs et employés, il est difficile de concevoir que l'arrêt *Egan* ait définitivement tranché la question de l'inadmissibilité du conjoint de même sexe à la pension de survivant du *RPC*.

De plus, s'agissant d'une décision serrée dans une affaire où les questions en jeu étaient complexes et vu les décisions contradictoires qui l'ont précédé ou suivi, l'arrêt *Egan* peut difficilement être considéré comme ayant établi définitivement les exigences constitutionnelles. En réalité, l'application du par. 15(1) aux conjoints de même sexe est demeurée nébuleuse pendant un certain temps. Le processus judiciaire peut être long. Les tribunaux, y compris notre Cour, ont mis du temps à formuler les principes permettant de statuer correctement sur la constitutionnalité de l'exclusion légale du conjoint de même sexe. Dans l'arrêt *M. c. H.*, notre Cour n'a pas pour autant modifié une règle de droit établie. En somme, même si l'existence d'une modification fondamentale du droit était une condition première valable, une telle modification n'a pas eu lieu en l'espèce. Le refus d'une réparation rétroactive doit donc avoir un autre fondement.

La démarche qu'il convient d'adopter en l'espèce à l'égard de la réparation rétroactive

Il est bien établi en droit constitutionnel canadien que pour décider de la mesure réparatrice qui s'impose par suite de la violation d'un droit constitutionnel, le tribunal s'efforce de mettre en balance les intérêts opposés (Roach, par. 3.680 à 3.780).

should be corrected. This recognizes the grave nature of constitutional infringements:

Constitutional remedies are matters of considerable importance. Constitutional law expresses the most fundamental restraints and obligations of governments. Violations of constitutional rights are a serious matter both for those who suffer from the violation and the public in general.

(Roach, at para. 1.10)

Retroactive constitutional remedies ensure that the claimants who have brought the successful action, as well as similarly situated claimants, can benefit from the judgment (Choudhry and Roach, at p. 210).

159 However, the normal retroactive effect of judgments may need to be tempered in certain circumstances in order to protect other legitimate interests (see Choudhry and Roach, at pp. 209-11). The use of transition periods and suspended declarations of invalidity are accepted ways of temporarily limiting the retroactive effect of constitutional remedies in order to prevent legal vacuums and introduce new procedural requirements. They are not evidence of the Court operating outside of the Blackstonian paradigm, but rather a recognition that in certain circumstances other legitimate interests may require retroactivity to be limited.

160 The question is what legitimate interests should be taken into account in deciding to deny a retroactive constitutional remedy. For the most part, I agree that reasonable reliance, good faith, fairness to litigants and Parliament's role are important considerations. I would simply like to add what I see as a few points of clarification.

161 First, the question of whether to deny a retroactive remedy is different from deciding whether to grant a suspended declaration of invalidity; the same considerations do not apply to both. The latter will be a valid measure when a declaration of invalidity would pose a danger to the public, threaten the rule of law or deprive deserving persons of benefits without thereby benefiting the individual whose

Fondamentalement, toute violation constitutionnelle passée doit faire l'objet d'une réparation, ce qui atteste sa gravité :

[TRADUCTION] La réparation constitutionnelle revêt une grande importance. La loi constitutionnelle établit les obligations de faire et de ne pas faire les plus fondamentales des gouvernements. L'atteinte à un droit constitutionnel est très grave, tant pour celui qui en subit un préjudice que pour les citoyens en général.

(Roach, par. 1.10)

La réparation constitutionnelle rétroactive permet à la partie qui a gain de cause et aux personnes qui sont dans la même situation qu'elle de bénéficier du jugement (Choudhry et Roach, p. 210).

Cependant, il arrive qu'il soit nécessaire de tempérer l'effet rétroactif d'un jugement pour protéger d'autres intérêts légitimes (voir Choudhry et Roach, p. 209-211). Le recours à une période de transition ou à la suspension de la déclaration d'invalidité est un moyen reconnu de limiter temporairement l'effet rétroactif d'une réparation constitutionnelle afin d'éviter le vide juridique et l'imposition d'une nouvelle exigence procédurale. Par ces mesures, notre Cour ne s'écarte pas du modèle blackstonien, mais reconnaît plutôt que dans certaines circonstances, d'autres intérêts légitimes peuvent commander la limitation de la rétroactivité.

La question est de savoir quels intérêts légitimes peuvent justifier le refus d'une réparation constitutionnelle rétroactive. De façon générale, je conviens que l'interprétation raisonnable, la bonne foi, l'équité envers les parties et le rôle du législateur sont des considérations importantes. J'apporterais seulement quelques précisions.

Premièrement, limiter la rétroactivité de la réparation et suspendre la déclaration d'invalidité ne sont pas deux mesures équivalentes. Les mêmes considérations ne s'appliquent pas. La seconde mesure est justifiée lorsqu'une déclaration d'invalidité poserait un danger pour le public, menacerait la primauté du droit ou priverait de bénéfices les personnes admissibles sans profiter à la personne

rights had been violated (*Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 719). A suspended declaration of invalidity is ultimately only a temporary limit on retroactivity; it does not determine whether governments are entitled to deny retroactive relief to the claimants in acting to cure the constitutional defect. Reasonable reliance, good faith, fairness to litigants and Parliament's role will be appropriate to consider when courts are confronted with the question of what remedy the claimant is entitled to. This will occur, for example, when deciding whether a remedy of "reading in" should apply retroactively or whether a legislative provision enacted in response to a declaration of invalidity which limits retroactive relief should be read down or severed.

Second, to my mind, establishing reasonable reliance will not always be necessary in order to deny retroactive relief. In this case, even on my colleagues' analysis, the government's reliance on *Egan* could not be a justification for denying relief *before Egan* was decided. Indeed, although it was not entirely clear, most of the case law before *Egan* suggested that governments could not justifiably exclude same-sex couples. Given the state of the law pre-*M. v. H.*, it would be more accurate to emphasize the fact that the government was acting in good faith in the face of jurisprudential uncertainty. Although not determinative, this should be taken into account in deciding whether to depart from the norm of retroactive relief.

Finally, my colleagues seem to suggest in their discussion of this Court's recent decision of *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, [2007] 1 S.C.R. 3, 2007 SCC 1, that the nature of the constitutional violation is relevant to deciding whether to deny a retroactive remedy. I do not agree. A government has no more right to discriminate in the provision of benefits than it does to collect unconstitutionally levied taxes. In *Kingstreet*, there were no legitimate concerns with

dont les droits ont été violés (*Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 719). En fin de compte, la suspension de la déclaration d'invalidité ne fait que limiter temporairement l'effet rétroactif. Elle n'est pas déterminante quant à savoir si le gouvernement peut écarter la rétroactivité de la réparation accordée pour remédier à l'inconstitutionnalité. Il convient que le tribunal tienne compte des considérations que sont l'interprétation raisonnable, la bonne foi, l'équité envers les parties et le respect du pouvoir du Parlement pour décider de la réparation à laquelle a droit le demandeur. Il doit notamment le faire lorsqu'il est appelé à décider si la solution de l'interprétation large devrait s'appliquer rétroactivement ou si celle de l'interprétation atténuée ou de la dissociation devrait être retenue à l'égard d'une disposition législative adoptée par suite d'une déclaration d'invalidité ayant limité l'effet rétroactif de la réparation.

Deuxièmement, j'estime que la preuve d'une interprétation raisonnable n'est pas toujours nécessaire pour justifier le refus d'une réparation rétroactive. En l'espèce, même si je faisais mienne l'analyse de mes collègues, le fait que le gouvernement s'est fondé sur l'arrêt *Egan* ne pourrait justifier le refus d'une réparation pour la période *antérieure* à cet arrêt. En effet, la plupart des décisions rendues jusqu'alors donnaient à penser que le gouvernement n'était pas justifié d'exclure les conjoints de même sexe, même si ce n'était pas parfaitement clair. Vu l'état du droit avant l'arrêt *M. c. H.*, il serait plus juste d'insister sur le fait que le gouvernement a agi de bonne foi dans un contexte jurisprudenciel incertain. Sans être déterminant, cet élément peut jouer dans la décision de déroger ou non à la règle de la rétroactivité de la réparation.

Enfin, dans leur examen du récent arrêt *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, [2007] 1 R.C.S. 3, 2007 CSC 1, mes collègues paraissent laisser entendre que la nature de l'atteinte à la Constitution importe dans la décision de faire rétroagir ou non la réparation. Je ne partage pas leur point de vue. Un gouvernement n'est pas davantage autorisé à faire preuve de discrimination dans l'octroi de prestations qu'il ne l'est à percevoir une taxe inconstitutionnelle. Dans

162

163

applying the general rule of retroactivity. The legislature retained the ability to enact remedial legislation to cure any adverse effects (para. 25), and a purely prospective remedy would have left the claimant empty-handed.

164 These clarifications made, I am in general agreement with how my colleagues have applied the other factors to this appeal. Particularly relevant, it seems to me, is the fact that the *Modernization of Benefits and Obligations Act* was enacted in response to this Court's decision in *M. v. H.* In that case, a suspension of the declaration of invalidity was ordered so as to allow the Ontario government flexibility to cure the constitutional defect. That flexibility implicitly included the ability to limit the retroactive effect of any remedial legislation. Indeed, this is what the Ontario legislature chose to do. The remedial legislation was made prospective from November 20, 1999 (*Amendments Because of the Supreme Court of Canada Decision in M. v. H. Act, 1999*, S.O. 1999, c. 6, s. 68(2)). Similar flexibility should be accorded to the Canadian government in this case. The legislative branch is better able to deal with distributional concerns than are courts, and its choices should be respected so long as they fall within the limits of the Constitution.

Conclusion

165 For these reasons, I agree that the appeal and cross-appeal should be dismissed without costs.

Appeal and cross-appeal dismissed.

Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal: Roy Elliott Kim O'Connor, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.

l'affaire *Kingstreet*, l'application de la règle générale de la rétroactivité ne soulevait aucune crainte légitime. Le législateur conservait la possibilité d'adopter des dispositions correctives pour remédier à tout effet préjudiciable (par. 25), et une réparation pour l'avenir aurait laissé les demanderesse les mains vides.

Sous réserve de ces précisions, je suis généralement d'accord avec la façon dont mes collègues appliquent les autres éléments, notamment le fait — très important selon moi — que la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations* a fait suite à l'arrêt *M. c. H.* où notre Cour avait suspendu la déclaration d'invalidité afin que le gouvernement de l'Ontario jouisse d'une certaine souplesse pour remédier à l'inconstitutionnalité. Cette marge de manœuvre englobait implicitement le pouvoir de limiter l'effet rétroactif de toute disposition corrective, solution qu'a d'ailleurs retenue le législateur ontarien. La loi corrective s'est appliquée à compter du 20 novembre 1999 (*Loi de 1999 modifiant des lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H.*, L.O. 1999, ch. 6, par. 68(2)). Le gouvernement du Canada devrait bénéficier de la même latitude en l'espèce. Le législateur est mieux placé que les tribunaux pour décider de la répartition des ressources, et il convient de respecter ses choix s'ils sont conformes à la Constitution.

Conclusion

Pour ces motifs, je conviens de rejeter le pourvoi et le pourvoi incident sans dépens.

Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Procureur de l'appellant/intimé au pourvoi incident : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs des intimés/appellants au pourvoi incident : Roy Elliott Kim O'Connor, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.

*Solicitor for the intervener the Attorney General
of Alberta: Alberta Justice, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général
de l'Alberta : Alberta Justice, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener Egale Canada Inc.:
Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Egale Canada
Inc. : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*