Document generated on 05/29/2025 3:17 p.m.

Revue générale de droit

RÉFLEXIONS SUR LA RÉTROACTIVITÉ DES LOIS

Michel Krauss

Volume 14, Number 2, 1983

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1059337ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1059337ar

See table of contents

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)
2292-2512 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Krauss, M. (1983). RÉFLEXIONS SUR LA RÉTROACTIVITÉ DES LOIS. *Revue générale de droit*, *14*(2), 287–308. https://doi.org/10.7202/1059337ar

Article abstract

The term "retroactive law" is an often-discussed but, alas, rarely understood one in Case-Law and doctrinal analyses. The semantic ambiguity of the term is such that many analyses are defective, and some actually non-operational. In this article, the author outlines a conceptual model of legal retroactivity which is fully operational, and which provides intelligible criteria of distinction between retroactivity and related notions.

In the second part of the article, the author briefly speculates on some implications of a principled understanding of the notion of retroactivity for the judicial and legal processes.

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1984

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

RÉFLEXIONS SUR LA RÉTROACTIVITÉ DES LOIS

par Michel KRAUSS[1]

RÉSUMÉ

La notion de rétroactivité d'une loi est fort discutée, mais peu comprise, dans la jurisprudence et dans la doctrine. L'ambiguïté sémantique du terme est telle que plusieurs explications doctrinales sont ou bien défectueuses, ou bien carrément inopérationnelles. Dans ce texte, l'auteur propose un modèle d'analyse conceptuelle de la notion de rétroactivité qui est cohérent et pleinement opérationnel. Ce modèle est destiné à servir dans l'élucidation des problèmes jurisprudentiels et doctrinaux provoqués par l'application du principe d'interprétation concernant le jeu de la loi dans le temps.

Dans un deuxième temps, l'auteur spécule sur certaines conséquences d'une pleine compréhension de la notion de rétroactivé sur l'interaction de deux composantes (législative et judiciaire) du gouvernement.

ABSTRACT

The term "retroactive law" is an often-discussed but, alas, rarely understood one in Case-Law and doctrinal analyses. The semantic ambiguity of the term is such that many analyses are defective, and some actually non-operational. In this article, the author outlines a conceptual model of legal retroactivity which is fully operational, and which provides intelligible criteria of distinction between retroactivity and related notions.

In the second part of the article, the author briefly speculates on some implications of a principled understanding of the notion of retroactivity for the judicial and legal processes.

---

[1] B.A. (Carleton), LL.L. (Sherbrooke), LL.M. (Yale), Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et Visiting Professor, Faculty of Law, University of Toronto. Ce texte est basé sur un exposé que l'auteur a livré lors d'une conférence sur l'Interprétation

Tout juriste (surtout, mais pas seulement, s'il est également professeur du cours d'« Interprétation des Lois »...) affirmera que la question de la rétroactivité des textes législatifs est l'une des plus épineuses qu'ont à affronter à la fois les étudiants et les praticiens. La confusion entourant cette question a plusieurs sources, nous semble-t-il, et l'absence d'une théorie cohérente de la notion de rétroactivité n'en est certes pas la moindre[2]. Il ne sera évidemment pas question d'énoncer une telle théorie complète ici. Cet exposé consistera plutôt en une série de réflexions qui pourraient éventuellement contribuer à asseoir une telle théorie[3].

Nos propos sont en deux temps. La première série de réflexions est également la plus élaborée; elle porte sur la notion même de rétroactivité. Le but de cette partie est de contribuer à la création d'un modèle opérationnel qui permettrait à la fois la clarification du concept et une approche logique des problèmes de rétroactivité. Nous croyons en effet qu'une partie importante de la confusion en ce domaine est purement conceptuelle.

La deuxième partie des réflexions, plus brève, consiste en un examen de la relation entre la notion de rétroactivité et le fonctionnement du processus judiciaire dans un État démocratique.

Première partie:

RÉFLEXIONS SUR LE CONCEPT DE ‹RÉTROACTIVITÉ›

Cette partie pourra être utilement introduite en relatant sommairement trois jugements tirés de l'abondante jurisprudence traitant du concept de rétroactivité. Nous intégrerons ensuite notre traitement de ces jugements à nos commentaires subséquents sur la nature du concept.

---

des lois à Sherbrooke (Québec) en septembre 1982. Participèrent également à cette conférence l'Honorable Louis-Philippe Pigeon, j.C.supr., et Me Daniel Jacoby, sous-ministre de la Justice du Québec.

[2] Diverses tentatives de formuler une telle théorie ont été faites. P.ex., P. ROUBIER, *Le droit transitoire,* 2e éd., Paris, Sirey/Dalloz, 1960. Cet ouvrage a été critiqué en ce qui concerne la précision de ses aperçus théoriques; cet article démontrera, *inter alia,* que ces critiques sont largement fondées. P.ex., E. BACH, «Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps», (1969) *R.T.D.C.* 405.

[3] Comme Stephen MUNZER l'a indiqué dans un récent article (''Retroactive Law'', (1977) *J.L. Stud.* 373), une théorie complète requerrait, *inter alia,* une étude de la philosophie morale de la rétroactivité. Nous n'abordons point cette importante question dans ces réflexions. Munzer tente de le faire dans ''A Theory of Retroactive Legislation'', (1982) 61 *Texas L. Rev.* 425. Aucun des deux textes de Munzer ne reflète entièrement nos préoccupations conceptuelles, toutefois.

1° Dans la récente cause *Zabruk* c. *Régie d'Assurance-maladie du Québec*[4], les faits étaient les suivants: Z, un médecin, avait plaidé coupable à l'accusation d'avoir fraudé la Régie entre avril 1978 et décembre 1978. L'accusation avait été portée en août 1979, et la condamnation intervint en juillet 1980. Le litige consistait à savoir si, en plus de l'amende pénale, une sanction civile pouvait être imposée à Z. En effet, une nouvelle loi excluait tout médecin condamné pour avoir fraudé la Régie d'une participation au régime (i.e. en lui interdisant d'accepter la «Carte d'Assurance-maladie» en paiement de ses services) pendant trois mois. Cette nouvelle loi était entrée en vigueur le 4 avril 1979, soit après les infractions mais avant la condamnation. Le juge a refusé de prononcer l'inhabileté trimestrielle, car cela donnerait, selon lui, un effet rétroactif à la loi.

2° Le deuxième arrêt paraît semblable à l'affaire *Zabruk*. Dans *In re: A Sollicitor's Clerk*[5], un stagiaire anglais avait été condamné pour vol à l'étalage dans un magasin à rayons en 1953. À l'époque, la *Loi du Barreau* anglaise rendait inhabile à continuer dans ses fonctions tout stagiaire en droit condamné pour avoir volé, SI la victime du vol était «son patron ou un client». Cette sanction ne s'appliquait pas à notre stagiaire, mais en 1955 (alors que l'intimé était toujours stagiaire en droit) ladite loi fut amendée en enlevant la qualification placée entre guillemets. Le Barreau prétendait alors que le stagiaire ne pouvait plus continuer dans ses fonctions. Ce dernier protestait que l'interprétation que le Barreau donnait à la loi de 1955 la rendrait rétroactive. La cour a rejeté la défense du stagiaire en insistant que l'inhabileté prononcée n'impliquait point une application rétroactive de la loi.

3° La troisième cause, rapportée en 1980[6], a été ainsi résumée par l'arrêtiste: «Le requérant a acheté son automobile au mois de novembre 1979, alors que la loi ne permettait pas de remettre le véhicule en paiement du solde du prix. Il veut se prévaloir de la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* (art. 107) pour remettre le bien en paiement... Le tribunal ⟨est⟩ incapable d'accueillir la requête, car pour ce faire il aurait fallu que la nouvelle loi donne à l'art. 107 un effet expressément rétroactif.»

Nous espérons démontrer, en esquissant un modèle du concept de rétroactivité, que les deux premiers jugements précités sont bien fondés (et *a fortiori* conciliables), tandis que le troisième illustre une confusion conceptuelle qui gagnerait à être corrigée par la Cour d'appel.

---

[4] C.S. Montréal, le 8 juin 1982, n° 500-05-008964-809, j. Gilles Renaud.

[5] [1957] 1 W.L.R. 1219.

[6] *Doyon* c. *Crédit Ford du Canada Ltée*, [1980] C.S. 850, j. Claude Benoît. Ce jugement a été porté en appel.

* * *

Il serait sans doute utile de démarrer cette étude en rappelant brièvement les origines de la «règle de non-rétroactivité» en droit occidental.

Il semble[7] qu'on en trouve les premières traces chez les Grecs; quatre siècles avant l'ère chrétienne, l'orateur Démosthènes y a fait invalider une loi qui annulait rétroactivement une condamnation judiciaire[8]. La «règle de non-rétroactivité» qu'on énonça alors fut ajoutée au *Corpus Juris Civilis,* qui stipulait que les lois ne devaient recevoir d'application rétroactive que si elles étaient explicites à cet égard[9].

Le Code civil français a incorporé la présomption romaine à son article 2, qui précise que «La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a pas d'effet rétroactif.» Curieusement, cet article n'a pas été reproduit dans notre code (à moins qu'il n'y fût incorporé par le biais de l'art. 2713 C.c.). En consultant le Rapport des Codificateurs[10], l'on découvre que ceux-ci trouvaient l'art. 2 C.n. ''useless'' *(sic),* car pouvant être écarté dans des cas précis par une loi particulière. Il faut en déduire que les codificateurs reconnaissaient de la sorte l'application générale de la règle au Bas-Canada.

En droit anglais (et l'on voit l'utilité de cette mention, car il est probable que nos lois doivent être interprétées suivant les règles d'interprétation anglaises, du moins en ce qui concerne leur effet dans le temps[11]), la règle romaine a été incorporée principalement par le biais de Bracton, dont l'ouvrage classique de 1250[12] est cité à ce propos par Coke dans ses *Institutes.* La présomption anglaise contre la rétroactivité d'une loi est tout aussi réfragable que la française, respectant par là la souveraineté du Parlement. Toutefois, et en refermant cette parenthèse historique, l'on remarquera que la Constitution américaine a été appliquée pour invalider certaines lois rétroactives (entre autres en fonction de l'exigence du *due process of law*)[13]. Il est

---

[7] Vy. P. VINOGRADOFF, *The Outlines of Historical Jurisprudence,* Londres, 1897, pp. 137-140.

[8] Cette question précise sera rappelée dans notre deuxième ensemble de réflexions, *infra,* Deuxième Partie.

[9] *Code,* 1,14,7. La règle de Justinien se lit comme suit: «Leges et consuetutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeteria revocati, nisi nominatim etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis.»

[10] Deuxième Rapport, p. 145.

[11] Vy. L.-P. PIGEON, *Interprétation et Rédaction des Lois,* Éditeur Officiel, 1965, *passim;* P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des Lois,* Éditions Yvon Blais, 1982, ch. 1.

[12] *De Legibus et Consuetudinibus Angliae;* t. 4, c. 38, par. 228.

[13] De nombreux survols de la jurisprudence américaine en ce domaine ont été publiés; parmi les plus complets est celui de T. SMEAD,, ''The Rule Against Retroactive Legislation: A Basic Principle of Jurisprudence'', (1936) 20 *Minn. L.R.* 775. BACH (*loc. cit. supra,* note 2, p. 406) indique que les révolutionnaires français voulaient eux aussi «constitutionnaliser» la «règle anti-rétroactivité».

permis de se demander si le Canada suivra une évolution semblable, étant donné l'enchassement constitutionnel des art. 7 et 11(g) de notre *Charte des droits*[14].

Quoi qu'il en soit, il y a unanimité lorsqu'il s'agit de reconnaître la vigueur actuelle de la «règle de non-rétroactivité». Toutefois, pour pouvoir appliquer précisément et avec constance cette présomption, encore faut-il en cerner le contenu. Nous croyons justement que ce concept n'est pas précis en notre droit. Différents acteurs (avocats, juges, auteurs) en ont, implicitement, une multitude de perceptions, souvent plus ou moins réfléchies. Il en résulte une pléthore de jugements dont le résultat ou les motifs[15] sont erronés, quoiqu'ils se disent tous basés sur une présomption dont l'on ne saurait contester l'existence.

La clé du modèle que nous esquissons (et l'essence du concept de rétroactivité) consiste en une séparation opérée entre la notion de rétroactivité, d'une part, et une notion distincte, soit celle de la protection judiciaire des droits des justiciables[16].

Un exemple fort simple introduira cette thèse. Supposons que le *Code de Sécurité routière* permet l'utilisation de pneus à crampons, et que la voiture de X en est munie. X «a le droit» d'utiliser des pneus à crampons. Mais le lendemain, une nouvelle loi interdisant l'utilisation de tels pneus entre en vigueur. Le surlendemain, un policier remarque la voiture de X et lui dresse un billet de contravention pour «pneus non réglementaires». Remarquez que X sera vraisemblablement fort irrité de recevoir ce billet: «j'avais le droit» d'acheter de tels pneus; ils m'ont coûté 200 $; «j'avais un droit acquis» de m'en servir, protestera-t-il. Remarquez toutefois que la nouvelle loi n'est *pas*

---

[14] Partie 1 de l'Annexe B, *Loi constitutionnelle de 1982*, du *Canada Act 1982*, c. 11 (R.U.). Art. 7: «Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice naturelle.» Art. 11(g): ⟨Tout inculpé a le droit:⟩ «de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations». Il y a lieu de souligner que l'absence de mention de la ‹règle de non-rétroactivité› dans les *Lois d'Interprétation* fédérale ou québécoise (S.R.C. 1970, c. I-23; L.Q. 1977, c. I-16) (sauf la mention cryptique de l'art. 35(c) de la loi fédérale) ne signifie point qu'elle est inconnue chez nous. Ces lois sont supplétives des principes d'interprétation qui existent par ailleurs.

[15] Voir *infra*, notes 54-57 et texte correspondant.

[16] Au risque de nous devancer quelque peu, il faut insister ici sur le fait que cette distinction n'est PAS identique à celle qu'opèrent Roubier (*op. cit. supra*, note 2, *passim*) et Côté (*op. cit. supra*, note 11, pp. 144ss) entre l'application rétroactive et l'application immédiate des lois. Il deviendra évident, sous peu, que nous croyons cette distinction difficilement opérationnelle et ultimement tautologique.

appliquée de manière rétroactive dans son cas. Il devrait être évident que l'on ne l'accuse pas d'avoir conduit une auto munie de pneus à crampons hier, ni aujourd'hui, mais bien après-demain. L'acte que X commet et dont le policier conteste la «régularité» est un acte prenant date après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

Cet exemple a sans doute plusieurs enseignements moraux et juridiques, mais l'un d'eux nous préoccupe particulièrement: c'est que toutes les lois, ou presque, ont des effets sur les droits des justiciables. Certaines lois accordent de nouveaux droits à tous; bien d'autres lois retirent des droits. La plupart des actes législatifs ont ultimement pour effet d'enlever des droits (y compris des droits réels, et ce nonobstant l'art. 407 C.c.) aux uns pour en accorder à d'autres[17]. De telles lois irritent ceux dont les droits sont réduits: elles ne sont cependant pas pour autant rétroactives.

C'est à ce propos qu'il faut ouvrir une parenthèse à cette première réflexion pour commenter brièvement le prétendu rapport qu'il y aurait, selon une partie de la jurisprudence et de la doctrine, entre les «droits acquis» et la rétroactivité. L'on voit souvent l'affirmation qu'«une loi qui enlève des droits acquis est une loi rétroactive[18]». Cette conception, que nous appellerons la «théorie des droits acquis», paraît logiquement et épistémologiquement viciée. Elle est en premier lieu viciée car, comme plusieurs l'ont signalé[19], elle exige mais ne permet pas une définition précise et opérationnelle des «droits acquis». Plusieurs tentatives dans ce sens ont été faites[20]: il s'agit habituellement de

---

[17] La science économique depuis Jeremy Bentham, et la science politique depuis Aristote ont compris que le processus politique était essentiellement un moyen pacifique de redistribuer des ressources. En établissant des centres d'«Analyse économique du droit», plusieurs facultés de droit nord-américaines ont démontré leur volonté d'adopter cette approche réaliste.

[18] P. ex., P. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, Montréal, Théoret, 1901, t. 1, pp. 68-69; PIGEON, *op. cit. supra*, note 11, *passim* et son jugement dissident dans *Gustavson Drilling* c. *M.N.R.*, [1977] 1 R.C.S. 271. Une très nombreuse jurisprudence canadienne adhère en effet à cette «théorie des droits acquis». Il serait fastidieux d'en faire une énumération, alors que des ouvrages comme celui de CÔTÉ (*op. cit. supra*, note 11, pp. 125ss), s'appliquent à le faire. Il est toutefois pertinent d'ajouter que cette confusion conceptuelle n'est point limitée au Canada; au contraire, elle afflige bien des pays. Ainsi, la Cour d'appel de Besançon (*26 janvier 1924;* D.H.1924.461: «Une loi nouvelle, même d'ordre public, ne peut porter atteinte à des droits acquis... si le législateur n'a pas nettement manifesté sa volonté de déroger à la règle ordinaire de la non-rétroactivité posée par l'art. 2 C.c.»). De même, quelques jugements anciens de la Cour suprême américaine (ex. *Society for the Propagation of the Gospel in Foreign Parts vs. Wheeler*, (1814) 22 Fed. Cas. 756, *per* J. STORY: "Every statute affecting vested rights is retroactive.")

[19] P. ex., BACH, *loc. cit. supra*, note 2; R. GREENBLATT, "Judicial Limitations on Retroactive Civil Legislation", (1956) 51 *Northwestern L. R.* 540; J. SLAWSON, "Constitutional and Legislative Considerations in Retroactive Law-Making", (1960) 48 *Calif. L.R.* 216.

[20] P. ex., CÔTÉ, *op. cit. supra*, note 11, pp. 120 ss.; PIGEON, *op. cit. supra*, note 11 p. 58; MAXWELL, *On the Interpretation of Statutes*, 12e éd., 1969, pp. 251 ss.

raisonnements *a posteriori* du genre «voici plusieurs arrêts où les juges ont trouvé qu'il y avait un ‹droit acquis›; quel est leur dénominateur commun?». L'ennui, bien sûr, est que les caractéristiques que l'on détermine ainsi se retrouvent aussi dans bien d'autres arrêts analytiquement semblables, mais où l'on a quand même fait appliquer la nouvelle loi sans voir de «droits acquis[21]».

En bref, la question «Je ne veux pas que telle loi non rétroactive s'applique à moi, donc dites-moi, ai-je un droit acquis?» est tout simplement mal posée. La notion de «droits acquis» n'est pas utile dans la recherche d'une solution au problème du concept de rétroactivité. Elle n'est plutôt, comme le signalent Planiol et Ripert[22], qu'une façon d'exprimer le résultat de recherches sur un problème par surcroît distinct de celui de la rétroactivité: soit la question de la protection judiciaire des droits, sujet de notre deuxième série de réflexions. En d'autres termes, le droit acquis, c'est «le droit qui ne peut être atteint par la loi nouvelle[23]» *non* rétroactive. Utiliser la notion de «droits acquis» pour déterminer la portée de la loi nouvelle, c'est commettre la faute logique de tautologie[24]. Se servir de ce concept pour déterminer si une loi est rétroactive, c'est confondre les deux phénomènes de la rétroactivité et de la protection judiciaire des droits. Donc, loin d'être un outil analytique, le concept de «droits acquis» est un important obstacle à la compréhension, qu'il s'agisse de trancher la question de la rétroactivité (à cette fin, le concept est parfaitement impertinent), ou d'identifier ceux qui sont exemptés d'une loi (et ici, «les droits acquis» sont pertinents, mais nullement explicatifs).

Cette parenthèse peut maintenant être fermée, et notre première réflexion poursuivie. Pour cerner la notion de rétroactivité, les observations suivantes s'imposent:

1° Il est en premier lieu évident qu'une loi est rétroactive lorsqu'elle prend explicitement effet à une date antérieure à sa mise en vigueur réelle. Cette

---

[21] Ainsi, l'on dit souvent que le droit qui est «particularisé», ou «actualisé» pour une personne précise est «acquis» pour elle (ex. CÔTÉ, *op. cit. supra,* note 11, pp. 120 ss.). Cet énoncé perd tout son sens lorsqu'on tente de le concilier avec les nombreux arrêts (dont l'un des premiers jugements traitant du problème des soi-disant droits acquis, *Storey* c. *Graham,* [1899] 1 Q.B. 406) qui nient «l'acquisition» du droit malgré une «particularisation» et une «actualisation» évidentes.

[22] *Traité de droit civil,* t. 1, n° 282.

[23] *Ibid.*

[24] Proposition n°1: «La loi nouvelle ne peut atteindre aux droits acquis.» Proposition n° 2: «Les droits acquis sont les droits ne pouvant être atteints par la loi nouvelle.» Voici ce à quoi se réduisent beaucoup d'opinions portant sur les droits acquis!

rétroactivité peut s'exprimer d'au moins deux façons. Ainsi, une loi (par exemple, celle prohibant l'utilisation des pneus munis de crampons) entrée en vigueur le 17 mai 1983 mais dont un article stipulerait que «cette loi est réputée avoir été en vigueur depuis le 1er janvier 1960» serait manifestement rétroactive[25].

Il en serait de même d'une loi (toujours entrée en vigueur le 17 mai 1983) dont la disposition substantielle énoncerait qu'«Il est interdit de conduire une automobile munie de pneus à crampons, et il a été interdit de le faire depuis le 1er janvier 1960[26]». Il faut remarquer que cette dernière loi entrera en vigueur «normalement»: la fiction juridique de sa rétroactivité s'opérera par le biais de son article substantif plutôt qu'en vertu de sa disposition d'entrée en vigueur.

2° Il est très important de noter qu'une loi est non moins rétroactive dans certains cas où il n'y a aucune mention expresse. Cette affirmation peut s'illustrer en comparant les deux lois suivantes, toutes deux hypothétiquement sanctionnées et mises en vigueur le 17 mai 1983:

LOI A
Art. 1 — Il en coûte 1 $ pour traverser le pont Jacques-Cartier.
Art. 2 — Cette loi est réputée entrer en vigueur le 1er juin 1982, et elle expire le 31 mai 1983.
Art. 3 — Cette loi entre en vigueur le jour de sa sanction.

LOI B
Art. 1 — Le 1er juin 1983, toute personne doit verser à la ville de Montréal une somme calculée en multipliant 1 $ par le nombre de fois qu'elle a traversé le pont Jacques-Cartier depuis le 1er juin 1982.
Art. 2 — Cette loi entre en vigueur le jour de sa sanction.

La loi «A» est explicitement rétroactive. La loi «B» ne rétroagit pas expressément, mais ses buts et ses effets sont largement les mêmes que ceux

---

[25] Cette technique est utilisée très régulièrement par nos législateurs, surtout (mais pas exclusivement) pour faire rétroagir une loi (souvent de nature fiscale) à la date de sa première lecture en Chambre.

[26] Cette technique est plus rare, mais se voit à l'occasion. Ainsi, l'amendement de 1919 à la soi-disant «Loi des trois chaînes (S.R.Q., 1909, art. 2252) est clairement rétroactif à 1884 pour cette raison, nonobstant le jugement (erroné, à notre avis) de la Cour supérieure dans *Healy* c. *Procureur-général du Québec,* [1979] C.S. 286 (en appel). Nous sommes donc d'accord avec D. LLUELLES, «La réserve légale des trois chaînes de 1884 à 1919: plaidoyer pour la vraisemblance» (1980) 58 *R. du B. can.* 545 dans sa critique dudit jugement. (Au moment d'aller sous presse, nous apprenons avec plaisir que la Cour d'appel a renversé le jugement de première instance: voir J.E. 83-775.)

de la loi «A»[27]. Manifestement, un modèle de rétroactivité qui autoriserait l'affirmation que seule la première loi est rétroactive serait peu utile, et peut-être même non opérationnel[28].

Cette deuxième observation nous paraît particulièrement pertinente, car elle permet de préciser pourquoi les deux lois hypothétiques précitées seraient rétroactives, même si une seule d'entre elles énonce explicitement une rétroactivité. Par ailleurs, si ces deux lois sont rétroactives, pourquoi l'application de la «loi anti-crampons» qui a abouti à l'émission du fameux billet de contravention ne l'est-il pas?

Nous croyons que la distinction appropriée est la suivante: des trois actes législatifs, seules les lois «A» et «B» affectent la régularité d'actions complétées avant leur mise en vigueur[29]. Le passage gratuit sur le pont Jacques-Cartier avant le 17 mai 1983, de «régulier» qu'il était, est devenu «irrégulier» en vertu d'une loi qui n'est pourtant entrée en vigueur que le 17 mai[30]. (Il

---

[27] Remarquez néanmoins la nuance logique entre les deux versions. La loi «A» indique qu'à compter d'aujourd'hui, il coûte *et il a coûté depuis le début de juin '82* 1 $ pour traverser le pont. La loi «B», au contraire, impose une obligation seulement à partir du 1er juin 1983. La loi «B» est donc moins «orwellienne» dans sa formulation, évitant une partie de la fiction juridique que la plupart d'entre nous trouvons si inquiétante en matière de rétroactivité. Elle demeure toutefois rétroactive selon tout modèle constant que l'on pourrait proposer, à notre avis. Voir à ce sujet l'intéressant article de SLAWSON, *op. cit. supra,* note 19. MUNZER, *op. cit. supra,* note 3, (article de 1977, *passim*) parle de "strong" et de "weak retroactivity" pour distinguer les implications morales de ces deux genres de cas. Enfin, il faut admettre que les effets de ces deux lois ne sont pas absolument identiques (ex. des intérêts sont-ils dus pour le montant non payé en date du 17 mai 1983? etc.). La constatation de ces différences entre les deux sortes de lois rétroactives tend à appuyer la distinction que Munzer opère.

[28] Ainsi, et avec respect, nous ne pouvons nous empêcher de croire que le modèle esquissé par E. DRIEDGER, "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections", (1978) 56 *R. du B. can.* 264, est imparfait. Le lecteur perspicace aura remarqué que la distinction que fait Driedger entre des lois «rétroactives» et des lois «rétrospectives» ne correspond pas aux nuances auxquelles nous avons fait allusion dans la note précédente: d'abord parce que les soi-disant lois «rétrospectives» ne sont justement pas considérées comme ayant des effets rétroactifs par Driedger; ensuite parce que la distinction entre les deux catégories se dissout ultimement en une justification *ex post facto* de toute la jurisprudence passée, ce qui est de peu d'utilité pour la résolution de problèmes futurs. Répétons que notre but est justement de fournir un modèle opérationnel du concept de rétroactivité.

[29] Encore, le lecteur averti aura remarqué que cette distinction est très différente de celle proposée par ROUBIER (*op. cit. supra,* note 2) et CÔTÉ (*op. cit. supra,* note 11), que nous croyons peu adéquate pour les raisons exposées ci-dessus (notes 16-20 et texte correspondant). Nous rejoignons donc BACH (*loc. cit. supra,* note 2, pp. 418-423) dans sa critique de la méthodologie de Roubier.

[30] Y a-t-il une différence entre la «faible» rétroactivité et la «forte» rétroactivité à ce propos (voir nos lois hypothétiques, et notre discussion de l'opinion de MUNZER, *supra,* note 27)? Non, car des passages antérieurs gratuits sont dorénavant tout aussi irréguliers dans les deux cas. Donc ce modèle souligne que les deux degrés de «force» impliquent une rétroacti-

faut noter que nous utilisons à dessein le terme général «régulier», plutôt que le terme technique «légal»[31].) Le policier qui a émis le billet de contravention, par contre, croit «irrégulière» l'utilisation de pneus à crampons *après* l'entrée en vigueur de la loi pertinente. L'émission du billet n'affecte aucunement la «régularité» d'un acte (tel l'achat initial des pneus) complété antérieurement; elle ne signifie donc pas une application rétroactive de la «loi anti-crampons».

Il nous semble que ces réflexions aboutissent aux réponses suivantes à la question qui a provoqué notre premier ensemble de réflexions:

1. Une loi est rétroactive si, et seulement si, elle affecte la régularité d'une action complétée avant sa mise en vigueur;
2. Donc la règle interprétative ‹anti-rétroactivité› signifie ce qui suit, et pas plus que ce qui suit: «Une loi est réputée ne pas affecter la régularité d'une action complétée avant sa mise en vigueur», ou, exprimé autrement, «Un tribunal refusera d'appliquer une loi pour affecter la régularité d'un acte complété avant sa mise en vigueur, à moins que cette loi ne soit rétroactive, ce qui n'est pas présumé».

Avant de passer à notre deuxième ensemble de réflexions, il importe d'appliquer ce modèle aux trois exemples jurisprudentiels que nous avons cités plus haut, afin de justifier brièvement les verdicts que nous avons déjà prononcés à leur sujet.

1° Dans l'affaire *Zabruk*[32] (exclusion de la participation au Régime d'Assurance-maladie édictée après l'infraction mais avant la mise en accusation de Z; refus du tribunal d'appliquer la nouvelle loi), il devrait être évident maintenant que le jugement est bien fondé. En effet, l'application de la nouvelle loi à Z affecterait la régularité d'un acte déjà complété avant sa mise en vigueur, en ce sens que l'on empirerait son irrégularité en ajoutant une sanction additionnelle;

2° Dans le cas du *Sollicitor's Clerk*[33] (inhabileté à travailler comme stagiaire édictée après l'infraction; application de la nouvelle loi par le tribunal), nous approuvons également le jugement rendu, malgré l'apparente contradiction avec notre verdict dans l'affaire *Zabruk*. En effet, dans ce dernier cas, la sanction pouvait clairement se concevoir comme étant uni-

---

vité: ceci le distingue nettement du modèle de DRIEDGER (vy. *supra*, note 28). La «faible» rétroactivité admet toutefois que les passages antérieurs *étaient* réguliers avant le 17 mai 1983, et évite au moins une partie du ''newthink'' orwellien.

[31] «Légal» et «illégal» évoquent des notions de droit pénal positif inappropriées dans un examen général et conceptuel du Droit. La notion de «régularité», au contraire, signifie que les aspects caractéristiques de l'acte posé sont «acceptables» sur le plan juridique.

[32] *Supra*, note 4 et texte correspondant.

[33] *Supra*, note 5 et texte correspondant.

quement une peine additionnelle (et non pas une protection du public, par exemple). Après tout, la fraude fiscale n'affecta pas intrinsèquement les compétences de Z en tant que médecin. D'ailleurs, la nouvelle peine n'empêchait nullement Z de travailler comme médecin: plutôt, l'on nuisait à sa pratique en refusant qu'il se fasse payer par la RAMQ, donc en augmentant le prix de ses services pour ses patients. Dans l'affaire *Sollicitor's Clerk,* la sanction était différente; elle avait une nette composante «protection du public». La commission d'un acte criminel est rationnellement reliée à l'*uberrima fide* qui doit caractériser la relation avocat-client. Donc, le Barreau n'est pas principalement en train de punir l'acte passé du stagiaire; plutôt, il s'agit de protéger le public en attachant une inhabileté à l'avenir à certaines personnes ayant la caractéristique continue d'être détenteur d'un casier judiciaire pour vol[34]. (Le lecteur aura sans doute déjà remarqué qu'il en serait autrement si le Barreau avait prétendu que la pratique du droit par le stagiaire *entre 1953 et 1955* était illégale.) Il ne s'agit donc pas d'une application rétroactive selon notre modèle[35]. Cet exemple démontre un autre avantage du modèle; pour l'appliquer dans des «cas limites», il faut examiner le rôle de la loi en question. De la sorte, ce modèle constitue un outil à utiliser avec (et non à la place de) la raison.

3° Enfin, dans le cas *Doyon*[36] (dation en paiement forcée du bien vendu refusée, parce que la loi qui la permettait était entrée en vigueur après la conclusion du contrat de vente), il nous semble, avec respect, que le jugement est manifestement mal fondé. Appliquer la nouvelle loi au consommateur n'invalide pas le contrat (dont la formation est effectivement un acte complété), ni aucun autre acte complété avant l'entrée en vigueur de la nouvelle *Loi sur la Protection du consommateur.* Au

---

[34] DRIEDGER, *loc. cit. supra,* note 28, distingue entre "act" et "status" à propos d'un problème semblable. Malheureusement, l'intérêt *prima facie* de cette distinction est obscurci, selon nous, par une tendance à vouloir justifier *ex post facto* tous les jugements examinés. De plus, comme nous l'avons mentionné, Driedger parle de "retrospectivity", une notion qu'il tente de séparer de celle de la rétroactivité et qui est ultimement subversive de la distinction théorique qu'il propose.

[35] Pour un échantillon de jugements dans la lignée de *Sollicitor's Clerk* et conformes à notre modèle, voir, p. ex.: *In re Ward and the Manitoba Public Insurance Corp.,*(1975) 49 D.L.R. 638 (Cour d'appel du Man.); *Lemay Construction* c. *Commission de Santé et Sécurité au Travail,* [1982] C.A. 81. Le jugement de la Cour suprême du Canada dans *R.* c. *Johnston,* (1978) 39 C.C.C. (2e) 479 n'est PAS analogue à *Sollicitor's Clerk.* Dans Johnston, il s'agissait bien d'une peine ou sanction; toutefois, l'infraction (récidive) a été «commise» après l'entrée en vigueur de la loi édictant la détention préventive des criminels d'habitude. L'exigence que l'acte affecté par la nouvelle loi soit complété (si l'on veut déclencher la ‹règle anti-rétroactivité›) est essentielle à la structure de notre modèle.

[36] *Supra,* note 6 et texte correspondant.

contraire, cette loi régularise un mode d'exécution future du contrat (la remise de l'auto)[37]. Notez qu'il en serait autrement si, par exemple, Doyon avait payé avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, et voulait subséquemment substituer l'auto à l'argent versé. De même, le cas serait différent si la nouvelle loi imposait une exigence de forme (ex. un écrit) pour la validité du contrat, alors que le contrat antérieur était verbal et que l'acheteur en invoquait maintenant la nullité pour ce motif[38]. Dans les deux cas, la régularité d'un acte *passé* serait affectée, et la «règle de non-rétroactivité» trouverait application[39].

* * *

Jusqu'ici, nous avons pu suggérer une réponse à une première question importante («Quelle est la portée de la présomption contre l'application rétroactive d'une loi?»). Il a été indiqué à plusieurs reprises qu'une question distincte vise la protection judiciaire des droits des justiciables. Cette deuxième question pourrait être formulée comme suit: «Quelle est la portée de la nouvelle loi?», ou «Qui sera affecté par une nouvelle loi non rétroactive?»[40]. Nous savons maintenant que la régularité des actions complétées avant la mise en vigueur de la loi nouvelle ne sera affectée que si celle-ci est rétroactive. Pour ce qui est des actes qui commencent ou se poursuivent après la mise en vigueur, il s'ensuit que la nouvelle loi s'y appliquerait tout naturellement. Or, les juristes sensibles à cette question savent que tel n'est pas toujours le cas. Parfois, les tribunaux refuseront (pour des raisons qui, conceptuellement et quelles que soient leurs explications, n'ont rien à voir avec la rétroactivité) l'application, même non rétroactive, de la nouvelle loi.

Quand ce refus sera-t-il opposé? Nous avons constaté qu'il n'est guère utile de répondre «lorsqu'il y a des droits acquis»[41] à cette question. La réponse n'est pas non plus «lorsqu'un justiciable perdra de l'argent (ou des

---

[37] Pour des cas semblables (où la nouvelle loi modifie les effets futurs d'un contrat et est donc correctement appliquée par le tribunal), voir, p. ex.: *Northern and Central Gas* c. *Office national de l'Énergie,* [1971] C.F. 149; *Sunshine Petroleum* c. *Nash,* [1961] A.C. 927.

[38] P. ex., *Upper Canada College* c. *Smith,* (1921) 57 D.L.R. 648 (Cour suprême du Canada).

[39] L'erreur conceptuelle commise dans *Doyon* est extrêmement commune; il n'est donc pas assuré qu'elle sera corrigée par la Cour d'appel. Voir aussi *infra,* note 54 et texte correspondant.

[40] L'étude de cette question s'insère en réalité à l'intérieur d'un plus vaste examen des moyens légaux fournis à l'individu pour la protection de ses droits. De tous ces moyens (Chartes des Droits, recours aux bons offices du Protecteur du Citoyen, non-respect par les tribunaux des clauses privatives dérogatoires à l'art. 33 C.P.C., etc.), le refus judiciaire d'appliquer une nouvelle loi est peut-être celui dont nous sommes le moins conscients.

[41] Voir *supra,* notes 20 à 2[illegible] et texte correspondant.

droits facilement évaluables en argent)»[42]. Notre malheureux conducteur a perdu de l'argent lorsque ses pneus à crampons sont devenus pratiquement inutiles. L'acheteur immobilier perd de l'argent lorsque le terrain qu'il a payé 90 $ le m^2 dans la perspective d'y construire un gratte-ciel ne vaut plus que 10 $ par m^2 suite à une modification du règlement de zonage le lendemain de l'achat : pourtant, le nouveau règlement s'appliquera[43]. Enfin, la réponse n'est point «lorsqu'on a accompli un acte concret et individualisé avant la mise en vigueur de la loi nouvelle». L'acheteur des pneus a posé un tel geste. Il en va de même de celui qui fait une dépense fiscalement déductible et qui n'en a pas encore profité : il ne pourra se plaindre judiciairement si une nouvelle loi vient enlever le droit d'invoquer cette déduction fiscale lors d'une déclaration à l'avenir[44].

Sans nous étendre longuement sur ce problème, nous présenterons ici le résultat de nos recherches et délibérations. Les tribunaux[45] auront *tendance* à refuser même l'application non rétroactive d'une loi dans la mesure où son application créerait un abus de confiance grave[46] pour relativement peu de gens. De la sorte, les tribunaux ajoutent un important volet à cette «Charte jurisprudentielle des droits» dont les publicistes ont depuis longtemps reconnu l'existence[47].

Plutôt que de patauger dans les sables mouvants de certains arrêts en ce domaine, il serait peut-être opportun de signaler, en guise d'illustration de cette tendance, deux exemples consacrés de cette protection:

---

[42] Dans *Upper Canada College* c. *Smith, loc. cit. supra,* note 38, le j. Duff (aux pp. 650-651) fournit explicitement cette réponse. Comme l'a déjà souligné un commentateur (J. KAVANAGH, "Retrospective Operation of Law", *in* Collection des travaux de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, t. 6, *Travaux du 3e Colloque international en droit comparé,* Montréal, Wilson et Lafleur, 1965, 28, aux pp. 45 ss.), cette opinion heurte de plein front de très nombreux arrêts où la nouvelle loi a effectivement été appliquée à des personnes qui en subissaient un dommage direct. De plus, cet énoncé ferait en sorte qu'aucune loi ne pourrait enlever des droits patrimoniaux, alors que celles-là ont régulièrement pout but précisément de transférer ceux-ci. Rappelons que dans *Smith,* il fut véritablement question de la «règle de non-rétroactivité», sans qu'il soit nécessaire ou pertinent de recourir à la protection subsidiaire dont il est ici question: voir *supra,* texte correspondant à la note 38 à ce propos.

[43] Voir *Taylor Blvd. Realties* c. *Cité de Montréal,* [1963] B.R. 839.

[44] Voir, p. ex., *Gustavson Drilling* c. *M.R.N., loc. cit. supra,* note 18; aussi BACH, *loc. cit. supra,* note 2, aux pp. 449-460, et les arrêts qu'il cite.

[45] Donc, nous faisons abstraction des cas où la loi elle-même exclut son application non rétroactive à certaines personnes (quelques récents exemples québécois: *Loi sur la Protection du territoire agricole,* L.Q. 1978, c. 10, art. 105; les dispositions touchant les régimes matrimoniaux dans le *Code civil du Québec,* etc.).

[46] La notion que nous tentons de traduire s'apparente moralement quelque peu au *reliance cost* du *common law.*

[47] Voir *supra,* note 40. L'on objectera qu'il s'agit d'une conclusion insatisfaisante et équivoque; nous répondrons que, justement, dans tous les cas où le droit se heurte à de difficiles problèmes de délimitation, le chercheur de certitudes sera déçu...

1° Lorsqu'un droit d'appel est enlevé par une nouvelle loi, nos tribunaux jugent que ceux dont les procédures de première instance avaient déjà débuté à la date de mise en vigueur en bénéficient toujours[48]. Remarquez qu'il n'est pas question de rétroactivité ici (à moins que l'appel n'ait déjà été intenté, bien sûr);

2° Lorsqu'un délai de prescription extinctive est abrégé, il faut distinguer. Si l'application du nouveau (et plus court) délai «éteint» le droit à partir d'un moment antérieur à la mise en vigueur de la nouvelle loi, il y a un problème de rétroactivité selon notre modèle, car la régularité d'un acte antérieur (i.e. l'inaction passée) est affectée. La «règle de non rétroactivité» écarterait alors la loi nouvelle[49]. Toutefois, si le nouveau délai préserve le droit, mais raccourcit la période future de son exercice, alors seule la régularité d'un acte futur sera affectée, et la «règle de non-rétroactivité» ne joue pas. Dans ce cas le seul critère s'opposant à l'application de la loi nouvelle est la protection judiciaire des droits. Effectivement, l'on peut trouver des décisions où les juges exigent que le temps qui reste pour intenter l'action en respectant le nouveau délai soit «raisonnable», sous peine d'exempter le justiciable de ce nouveau délai[50]. L'on procède même parfois à appliquer le nouveau délai, mais en faisant courir le nouveau et plus court délai à compter de la mise en vigueur de la loi nouvelle, et non de la naissance du droit d'action (comme il se le devrait). Il faut souligner le caractère remarquable de ce comportement judiciaire, que rien dans la loi nouvelle n'autorise habituellement. L'aspect protecteur et équitable de l'intervention judiciaire y est particulièrement mis en relief[51].

---

[48] Voir, p. ex., *Colonial Sugar* c. *Irving*, [1905] A.C. 369; *Hyde* c. *Lindsay*, (1899) 29 R.C.S. 99; *Ville de Jacques-Cartier* c. *Lamarre*, [1958] R.C.S. 108. Il est intéressant de noter que les juges français usent de leur discrétion en sens inverse, et nient l'appel à tous ceux qui ne l'ont pas intenté avant la mise en vigueur de la nouvelle loi (auquel cas la «règle anti-rétroactivité» s'applique); voir G. ROUJOU DE BOUBÉE, «La loi nouvelle et le litige», (1968) 66 *R.T.D.C.* 479.

[49] Voir, p. ex., *Metropolitan Toronto* c. *Reinsiller*, [1961] O.W.N. 330 (Cour d'appel de l'Ontario); *Dixie* c. *Royal Columbian Hospital*, [1941] 2 D.L.R. 138 (Cour d'appel de la C.-B.).

[50] Aux États-Unis, une telle doctrine a pris racine avec le jugement de la Cour suprême dans *Sohn* vs. *Waterson*, (1873) 84 U.S. 596.

[51] Au Québec, on a été témoin de ce phénomène récemment, dans l'ensemble des jugements portant sur le nouveau délai de prescription extinctive en matière de recouvrement des pensions alimentaires. P. ex., *Lachance-Gariépy* c. *Sirois*, [1981] C.S. 360; *Bouchard* c. *Cayer*, C.S. Québec 6/4/81 n° 3910-D; *Bellavance* c. *Lavallée*, C.S. Abitibi 14/4/81 n° 415-12-161-75; *Roch* c. *Cloutier*, C.S. St-François 20/7/81 n° 450-12-1968-77. Voir *contra*, *Beauchamp* c. *McLaren*, C.S. Québec 16/4/81 n° 2440-D. Dans *Beauchamp*, la cour a non seulement appliqué le délai de l'art. 2260b C.c. pour raccourcir les délais non expirés, mais l'a également utilisé pour éteindre immédiatement les plus anciennes créances (ce qui viole la «règle de non-rétroactivité»).

Terminons ce premier ensemble de réflexions en en énumérant trois importants corollaires:

1° La «règle de non-rétroactivité» est d'application objective, mais l'exemption de la nouvelle loi est discrétionnaire. De plus, les deux phénomènes sont distincts et successifs; que la loi soit rétroactive ou non, il pourra y avoir exemption judiciaire de certaines personnes;

2° Il est absolument inexact de prétendre que les lois de procédure, ou de prescription, ou de preuve (à titre d'exemples) ont un «effet rétroactif». Il s'agit là d'une confusion conceptuelle malheureusement assez répandue, et qui oblige celui qui en est affligé de tenter (futilement) de distinguer entre «procédure», «preuve», et «fond»[52]. Au contraire, toutes «sortes» de loi obéissent à la «règle du non-rétroactivité» (objective), et dans tous les cas l'exemption jurisprudentielle (subjective et entièrement distincte de la question de la rétroactivité) pourra être plaidée[53];

3° Plus généralement, il faut éviter d'argumenter sur le plan de la rétroactivité lorsqu'il y a plutôt lieu de plaider en faveur de l'exemption de l'application non rétroactive de la loi. Parfois la confusion du plaideur n'aura d'autre effet que de provoquer un «bon» jugement rendu pour les «mauvais motifs»; mais il est également possible que la décision elle-même s'en trouve viciée.

Le jugement de la Cour suprême du Canada dans *Boyer* c. *R.*[54] est une illustration de ce danger. Dans cette affaire, un nouveau droit d'appel avait été mis en vigueur pendant l'instance contre B, qui voulut s'en prévaloir une fois le jugement rendu contre lui. Notre modèle a permis de voir clairement

---

[52] Voir, p. ex., MAXWELL (*op. cit. supra,* note 20, pp. 251 ss.), CRAIES (*On the Interpretation of Statutes,* 7e édition, Londres, Sweet and Maxwell, 1971, pp. 399 ss.), etc.

[53] Ainsi, des arrêts tels *R.* c. *Ali,* [1980] 1 R.C.S. 221, ont fait l'objet de vaillantes tentatives de distinguer entre «preuve» et «fond» (voir, p. ex., le résumé se trouvant à (1983) 61 *R. du B. can.* 417 et ss.). Dans l'espèce, il s'agissait de savoir si une modification au *Code criminel* (exigeant au moins deux alcootests, alors qu'un seul test suffisait auparavant pour les fins des art. 235 ss.) s'appliquait à une prétendue infraction déjà commise mais pour laquelle aucune poursuite n'avait encore été intentée (un seul alcootest avait été légalement administré, mais au moment de la poursuite le Code était modifié). Nous prétendons que de telles distinctions «preuve/fond» sont ultimement impossibles. Toutefois, notre modèle résoud le cas *Ali* plus simplement: affecter la régularité d'un alcootest déjà administré par une loi future serait carrément rendre ladite loi rétroactive. Nous confirmons donc la justesse de la décision de la Cour suprême, qui a condamné l'accusé; faire autrement serait appliquer rétroactivement l'amendement. Les affirmations douteuses de la Cour et d'une certaine doctrine concernant la soi-disant «rétroactivité des dispositions procédurales» sont donc superflues selon notre modèle.

[54] [1949] R.C.S. 589.

qu'une loi qui *enlèverait* un droit d'appel ne serait PAS rétroactive lorsqu'appliquée aux «causes pendantes»; c'est plutôt pour des raisons équitables que celles-ci s'en voient exemptées[55]. Si cette importante distinction est saisie, il sera tout aussi évident que *l'ajout* d'un nouveau droit d'appel à une cause pendante ne cause aucun problème de rétroactivité (aucun acte complété antérieurement ne voit sa régularité affectée[56]). Mais en plus, il n'y a aucune raison, dans le cas d'ajout du droit d'appel, de faire bénéficier la partie gagnante (en l'occurrence, la Couronne) de l'exemption protectrice de la nouvelle loi (personne ne subit un abus de confiance grave si un droit d'appel est accordé à B). Donc, les deux règles («rétroactivité» et «exemption») dictent l'application de cette nouvelle loi aux «causes pendantes». Pourtant, le droit d'appel a été refusé à Boyer! La cour a essentiellement jugé ceci: puisque le refus d'enlever le droit d'appel dans les affaires pendantes est dicté par la «règle anti-rétroactivité» ⟨cette prétention est bien sûr inexacte⟩, il serait tout aussi rétroactif d'accorder l'appel nouveau aux affaires en cours. Avec respect, il s'agit là d'un tragique résultat d'une grave erreur conceptuelle de la cour. Si elle avait su distinguer entre une règle objective et une norme de protection discrétionnaire, le jugement aurait été tout autre[57].

DEUXIÈME PARTIE:
RÉFLEXIONS SUR LA RÉTROACTIVITÉ ET LE PROCESSUS JUDICIAIRE

A) Le problème de la rétroactivité des jugements

Dans ce bref ensemble de réflexions, nous nous proposons d'abord de souligner le caractère généralement rétroactif des jugements. En effet, la «règle de non-rétroactivité» dont nous avons tracé l'historique n'a jamais visé les décisions des tribunaux. Ceux-ci sont, de par leur nature, appelés à se prononcer sur l'état du droit à un moment antérieur au jugement (i.e. au moment du délit, du contrat, etc.). Par ailleurs, selon une philosophie du processus judiciaire que l'on peut aisément qualifier de «blackstonienne»[58],

---

[55] Évidemment, il serait question de rétroactivité si l'avis d'appel avait déjà été fait avant la mise en vigueur de la loi nouvelle, pour des raisons que notre modèle énonce.

[56] Encore, et pour des raisons semblables à celles évoquées dans la note précédante, il en serait autrement si le «nouveau» délai d'appel, calculé à partir du jugement *a quo,* était déjà expiré lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Dans ce cas, seule une loi rétroactive pourra accorder le droit d'appel.

[57] L'affaire *Boyer* a été suivie à plusieurs reprises dans des jugements de tribunaux inférieurs, tous aussi erronés dans leur compréhension de la notion de rétroactivité: voir, p. ex., *R.* c. *Trites,* [1954] 2 D.L.R. 523 (Cour suprême du N.-B.); *Jubinville* c. *Bellerose,* [1979] C.A. 457.

[58] Vy., ses *Commentaries* (1769), v. 1, p. 69.

le juge qui interprète une loi ne fait que déclarer le sens de la norme que le législateur a déjà adoptée. Cette conception philosophique nie que l'activité judiciaire puisse être créatrice: *a fortiori* ne peut-elle être rétroactive. Même le renversement par un tribunal d'une jurisprudence antérieure ne serait que la «découverte», suivie de la «correction», d'une «erreur» qui n'avait donc jamais d'existence juridique légitime.

Cette image du rôle du juge n'a jamais été unanimement agréée. Depuis John Austin, plusieurs ont soutenu que la fonction judiciaire comporte un aspect législatif inéluctable. Nous devons nous contenter de souligner et de souscrire à cette dissidence à la position classique de Blackstone: une élaboration complète de cette thèse requerrait un traitement qui dépasse les prétentions de ce texte[59]. Par ailleurs, il faut rappeler qu'en plus de la tâche carrément innovatrice qui incombe au premier juge à se pencher sur un nouveau problème de droit, la fonction législative est encore plus évidente lorsqu'une cour décide de changer la solution à un problème déjà traité par la jurisprudence passée.

Ce phénomène de «quasi-législation rétroactive» a été clairement mis en relief dans le jugement rendu par l'honorable juge Pigeon dans *Hôpital Notre-Dame* c. *Patry*[60]. Pour plusieurs, ce jugement modifiait une prescription extinctive qu'ils pensaient être de 30 ans en une prescription d'un an[61]. Toutefois, à la différence d'une nouvelle loi qui (en vertu de la «règle de non-rétroactivité») ne pourrait pas immédiatement éteindre des créances[62], le jugement de la Cour suprême avait, précisément à cause de sa nature déclaratoire, le même effet qu'une loi purement rétroactive. Des justiciables qui, la veille, pensaient disposer de 25 ans pour intenter leur poursuite, apprenaient avec horreur que leur poursuite était prescrite depuis quatre ans[63].

---

[59] Pour un bref et excellent survol, vy. W. TWINING et D. MYERS, *How to Do Things With Rules*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 2e éd. 1983, *passim*.

[60] [1975] 2 R.C.S. 388 (2262 al. 3 C.c. jugé applicable aux obligations de source délictuelle et contractuelle).

[61] P. ex., J. DESLAURIERS, «Une bombe juridique», (1974) 15 *C. de D.* 897.

[62] Voir *supra*, note 49 et texte correspondant.

[63] Cet arrêt paraît spectaculaire, mais des cas encore plus pathétiques peuvent être signalés. Un exemple frappant est *Brinkerhoff-Faris* vs. *Hill*, (1930) 281 U.S. 673. Les tribunaux du Missouri avaient constamment jugé qu'un contribuable qui n'attaque pas la validité générale d'une loi fiscale, mais qui s'objecte seulement à son application à son égard, ne disposait qu'une poursuite en *equity:* une action à la Commission de révision de l'impôt (State Tax Commission) était jugée prématurée et irrecevable. Dans l'affaire *Brinkerhoff-Faris*, la Cour suprême du Missouri a renversé la jurisprudence antérieure, «découvrant» qu'il fallait justement en appeler à la Commission de révision avant toute poursuite en *equity*. L'action en *equity* du demandeur fut donc rejetée, et il était alors trop tard pour intenter l'action devant la Tax Commission. Notez que si, au lieu de poursuivre en *equity*, le contribuable avait effectivement esté devant la Commission de révision, son action y aurait été jugée

La constatation que les tribunaux disposent à tout le moins de pouvoirs «quasi-législatifs» qui peuvent résulter en des applications rétroactives (par le biais de l'effet «déclaratoire» et du *stare decisis*[64]), provoque les interrogations suivantes:

a) Dans la mesure où un renversement de précédent est inattendu, ne défait-il pas les prévisions et la confiance de ceux qu'il touche de la même façon qu'une loi rétroactive?;

b) N'est-il pas fort possible que la réalisation du point a) amène parfois des juges à s'abstenir de casser une jurisprudence qu'ils croient franchement mal fondée, pour éviter les injustices de la rétroactivité? Si cela se passe (et l'on en trouve des aveux nets dans notre jurisprudence[65]), la rétroactivité des jugements ne contribue-t-elle pas à une «pétrification» du droit[66]?

Si ces interrogations sont appropriées, et considérant la probable croissance de l'activisme judiciaire (et, donc, du nombre de précédents susceptibles d'être cassés) au Canada, il est peut-être plus opportun que jamais de considérer l'expérience américaine, où les tribunaux ont la possibilité de rendre un jugement annonçant un changement à la jurisprudence pour l'avenir, tout en appliquant la «vieille règle» au cas en litige., Cette technique de *prospective overruling* a initialement été suggérée par le juge Cardozo en 1921[67]; elle a été graduellement adoptée au niveau étatique, et a reçu l'aval

---

irrecevable, vu l'état de la jurisprudence! Le demandeur a porté sa cause devant la Cour suprême américaine. Celle-ci a cassé le jugement missourien au motif que le renversement de la jurisprudence avait pour effet de priver le demandeur de son droit constitutionnel au *due process of law*. Ce jugement nous semble manifstement bien fondé, et est fort suggestif eu égard à l'application future de l'art. 7 de notre *Charte des droits et libertés*.

[64] Avec respect pour les défenseurs de la «pureté» civiliste, nous nous devons de soutenir qu'en pratique la notion de *stare decisis* est presque aussi enchassée au Québec que dans les juridictions de *common law*. Voir à ce propos, M. TANCELIN, «Introduction», *in* F. WALTON, *Le Domaine et l'Interprétation du Code Civil du Bas-Canada,* Toronto, Butterworths, 1981; aussi W. FRIEDMANN, "Stare Decisis in the Common Law and Under the Civil Code of Quebec", (1953) 31 *R. du B. can.* 723.

[65] P. ex., *Stuart* c. *Bank of Montreal,* (1909) 41 R.C.S. 516, aux pp. 540-544; *Bourne* c. *Keane,* [1919] A.C. 815, à 859; *Toolson* vs. *The New York Yankees,* (1953) 346 U.S. 356.

[66] Cette réflexion se formule de diverses façons. Ainsi: Est-il moralement légitime pour des justiciables de se fier à une interprétation passée d'une loi par un tribunal? Si oui, le *stare decisis* est-il moralement obligatoire (qu'il soit formalisé ou non)? Les juges ont-ils raison de prétendre (comme ils le font souvent) qu'une interprétation judiciaire d'une loi est réputée approuvée par le législateur s'il ne la modifie pas? (L'art. 37 al. 4 de la *Loi d'interprétation* fédérale vise à amortir cette présomption de *common law,* mais il n'a pas été pleinement efficace. Voir CÔTÉ, *op. cit. supra,* note 11, pp. 487 ss., et références citées.)

[67] *The Nature of the Judicial Process,* New Haven, Yale U. Press, p. 142. Edward LEVI ("Realist Jurisprudence and Prospective Overruling", (1960) 109 *U. Penn. L. Rev.* 1, à 10) attribue ce désir de Cardozo à son dégoût pour toute application rétroactive d'une règle,

de la Cour suprême américaine pour ses propres interprétations en 1965[68]. Elle permet sans doute aux tribunaux d'éviter les inconvénients résumés aux paragraphes précédents.

Le *prospective overruling* crée néanmoins de sérieux problèmes. Nous nous contenterons d'en énumérer trois:

a) Quelle est la philosophie du rôle du juge sous-jacente à l'approbation de cette technique? Si le juge annonce qu'un même texte signifie «x» jusqu'à demain, et « – x» après demain, n'est-il pas en train de modifier la loi? Le cas échéant, la tâche de modifier de façon *explicite* la loi lui incombe-t-elle constitutionnellement?

b) La résolution des problèmes moraux implicites dans la notion de rétroactivité des jugements ne provoque-t-elle pas un problème moral équivalent, i.e. la frustration de la partie perdante lorsque le juge l'informe que sa cause, eût-elle pris naissance le lendemain, aurait été gagnée[69]? De sérieux problèmes d'égalité devant la Loi se posent avec autant d'acuité ici que dans le cas des renversements rétroactifs.

c) Quels seraient les effets à long terme du *prospective overruling* sur le comportement des juges? Actuellement, le respect général des précédents permet de connaître l'état du droit avec un minimum de certitude. Si les tribunaux pouvaient renverser leurs interprétations antérieures sans craindre (à cause de la technique du *prospective overruling*) le chaos causé par la rétroactivité de leur cassation, ne serait-on pas justement témoin de bien plus de renversements? Le *prospective overruling* est-il alors une invitation à (et non seulement le résultat de) l'activisme judiciaire? À la limite, est-il pleinement compatible avec le *Rule of Law?* Avons-nous «bouclé le boucle» pour finir par nous demander si justement un système de jugements rétroactifs ne respecterait pas davantage les prévisions et la confiance des justiciables?

---

par suite du prolongement par Columbia Law School (où le jeune Cardozo était étudiant en 2e année) de la durée des études de 2 à 3 ans! Assez paradoxalement, notre premier ensemble de réflexions a démontré que l'application de ce changement à l'étudiant Cardozo n'était point rétroactive, et que tout au plus Cardozo aurait-il pu demander que la nouvelle loi ne lui soit pas appliquée pour des raisons d'équité. Une telle exemption a été reconnue dans *Blais* c. *Association des Architectes,* [1964] C.S. 387, quoique pour les «mauvais motifs».

[68] *Linkletter* vs. *Walker,* (1965) 381 U.S. 618. Les tribunaux des États avaient été autorisés à adopter cette technique depuis *Great Northern Railway* vs. *Sunburst Oil,* (1932) 287 U.S. 358 (jugement du j. Cardozo...).

[69] Voir, généralement à ce sujet: B. HADDAD, "A Call for the End of the Linkletter Doctrine", (1969) *J. of Crim. L., Criminology, and Pol. Sci.* 417; N. ROSSUM, "New Rights and Old Wrongs?", (1974) 23 *Emory L. J.* 381; F. BEYTAGH, "Ten Years of Non-Retroactivity", (1975) 61 *Virginia L. Rev.* 1557.

* * *

B) Le problème des jugements face aux lois rétroactives

Le dernier ensemble de nos propos va au cœur de notre structure constitutionnelle; il consiste essentiellement en une exploration de quelques aspects de l'interrelation des lois et des jugements, plus particulièrement de l'effet de celles-là sur ceux-ci dans le cas particulier de rétroactivité. Les réponses à fournir en ce domaine sont complexes, mais importantes[70].

Soulignons en premier lieu ce qui devrait être évident: le législateur peut certainement modifier une loi qu'un tribunal a «mal» interprétée, afin d'éviter que cette interprétation ne se reproduise. De telles interventions législatives sont assez fréquentes[71]. Il faut remarquer toutefois que ce genre de modification laisse intacts tant le jugement rendu entre les parties que la force de ce jugement vis à vis les actes accomplis avant la mise en vigueur de la loi modificatrice.

Deuxièmement, le législateur peut édicter une loi rétroactive changeant l'état du droit «déclaré» par le jugement. Ce genre de loi est parfois adopté pour rétablir ce que l'on avait pensé être la situation juridique; i.e. après qu'un avocat futé eût obtenu jugement constatant un «trou» dévastateur dans une loi[72], ou à la suite d'un jugement interprétant de façon catastrophique (socialement, ou pour ce qui est des intérêts du législateur) une disposition[73]. Une telle loi a été adoptée, comme nous le savons, à la suite de l'arrêt *Patry*[74].

---

[70] L'incertitude entourant cette question de droit constitutionnel vient d'être mise en relief lors d'un litige qui n'eut pourtant rien à voir avec la rétroactivité, et dont le jugement de la Cour supérieure vient d'être rendu à l'époque de la rédaction de la présente. Dans *Union des opérateurs de machinerie lourde, Local 791* c. *Jolivet* (C.S. Montréal, 11 mai 1983, n° 500-05-6829-830) il s'agissait de savoir si une commission de l'Assemblée nationale est tenue à respecter la *Charte des droits de la personne* du Québec (qui protège le secret professionnel) lors de l'exercice de ses fonctions d'enquête. Le cas échéant, il s'agissait aussi de déterminer si un tribunal pouvait ordonner aux législateurs de respecter leur propre législation. Malheureusement, le juge a pu disposer de la requête (en injonction provisoire) sans décider de la question constitutionnelle (voir p. 6 du jugement); il est vrai que dans un très bref *obiter* (p. 7) il réaffirma la souveraineté du Parlement...

[71] Voir, p. ex., L.Q. 1979, c. 4. Cette loi avait pour but de légaliser pour l'avenir une politique agricole qui, dans sa forme législative antérieure, avait été jugée *ultra vires* les pouvoirs provinciaux. Cette loi venait priver de ses effets, pour l'avenir, la jurisprudence qui avait conclu à cette inconstitutionnalité.

[72] Au cours de l'été de 1982, des sportifs avisés avaient découvert que la nouvelle exigence d'acheter un permis de pêche imposée par le gouvernement provincial était *ultra vires*, n'ayant pas été autorisée par un arrêté en conseil fédéral. Aussitôt, un tel ordre rétroactif a été émis...

[73] Voir, p. ex., *supra*, notes 60-63 et texte correspondant.

[74] *Loi pour modifier certaines prescriptions*, S.Q. 1974, c. 80.

Ces lois éliminent le problème des litiges «pendants» semblables à celui qui a donné lieu au jugement. Ainsi la loi rétroactive «remédiatrice» à l'arrêt *Patry* a été (très correctement) appliquée dans une cause[75] qui, au moment de la mise en vigueur de la loi, était déjà rendue devant la Cour suprême et où le tribunal inférieur s'était entièrement inspiré de l'arrêt *Patry*.

Il est intéressant de se demander, toutefois, si une telle loi modifie les droits des parties au litige originaire, et aux jugements subséquents qui s'en étaient inspirés et qui avaient acquis la force de chose jugée avant sa mise en vigueur. L'on voit immédiatement les implications constitutionnelles de cette question fascinante[76]. Ainsi il semble qu'en France les lois générales, mêmes rétroactives, ne porteraient pas atteinte à la «chose jugée», les jugements ayant en quelque sorte nové le droit de la partie gagnante[77]. Aux États-Unis, une loi «annulant» un jugement serait vraisemblablement jugée inconstitutionnelle à son tour, car en violation de la séparation des pouvoirs et du «due process of law»[78].

Au Canada, ce problème paraît n'avoir été abordé explicitement qu'en de rares occasions. Ainsi, lorsqu'en 1970 l'art. 1056 C.c. a été modifié[79] pour permettre que parents et enfants «naturels» puissent en bénéficier, ce fut, de l'aveu même du législateur[80], en réponse directe au jugement récent de *Mandeville* c. *Banque d'Épargne*[81] qui avait encore limité la portée dudit article aux «légitimes», ce que le ministre de la Justice a regretté de vive voix à l'Assemblée nationale. Il aurait été techniquement facile de comprendre ce jugement dans la portée de la loi modificatrice; néanmoins, celle-ci exemptait expressément[82] le jugement *Mandeville* pourtant dénoncé. Plus récemment, dans la loi rétroactive en réponse à l'arrêt *Patry*[83], des

---

[75] *Cusson* c. *Robidoux*, [1977] 1 R.C.S. 650. Cet arrêt appliquait une disposition (voir loi citée *supra*, note 74, art. 5) qui visait explicitement les causes pendantes. Dans *T. G. Bright* c. *Institut national des appelations d'origine*, [1981] C.A. 557, l'application d'une loi rétroactive à une cause en appel a été (correctement) acceptée malgré l'absence d'une telle mention explicite.

[76] Le législateur peut-il essentiellement s'ériger en cour d'appel de la Cour suprême? La séparation des pouvoirs est-elle «constitutionnalisée» (i.e. dans notre constitution non écrite)? Voir aussi *supra*, note 70 et *infra*, note 87.

[77] Voir BACH, *loc. cit. supra*, note 2, p. 436; et l'art. 2(2) (non adopté) du *Code civil* français.

[78] Voir *supra*, note 63; et SLAWSON, *loc. cit. supra*, note 19, aux pp. 249 ss. Voir aussi *supra*, note 8.

[79] S.Q. 1970, c. 62, arts. 11 et 12.

[80] *Journal des Débats de l'Assemblée nationale*, 27 novembre 1970, pp. 1864 et ss.

[81] C.S. Montréal, 25 juillet 1967, n° 334-498; C.A. Montréal, 26 novembre 1969; C. suprême du Canada, 28 octobre 1970.

[82] Art. 12 de la loi précitée (*supra*, note 79).

[83] *Supra*, note 74.

dispositions[84] enlevaient effectivement la force de chose jugée à une classe de jugements rendus sur la foi du jugement de la Cour suprême. Mais l'effet combiné de ces articles est justement de préserver l'effet du jugement entre les parties à l'affaire *Patry!* Même dans ce cas extrême, on soupçonne que le législateur est conscient de certaines exigences minimales de *fair-play* constitutionnel.

Nous avons pu trouver une loi canadienne qui avait pour but de renverser, entre les parties, un jugement précis. Il s'agit d'une loi rétroactive de la Nouvelle-Écosse en 1922, à la suite d'un jugement de nature pétitoire déterminant qu'un immeuble appartenait à «X»[85]. La loi rétroactive stipulait que l'immeuble avait appartenu (i.e. au moment même du jugement de la Cour suprême) à l'adversaire de «X». Il faut remarquer que la loi néo-écossaise ne modifiait pas de règle générale, se limitant donc à une fonction «judiciaire» (i.e. la «révision» du jugement de la Cour suprême). Nous ne pouvons affirmer avec certitude que cette loi était constitutionnellement invalide[86], car elle a été désavouée par le Gouverneur-général en conseil avant qu'une contestation ne survienne[87]. Ceci dit, nous nous permettons de rappeler qu'un argument sérieux peut être formulé à l'effet qu'une certaine séparation de pouvoirs fait implicitement partie de notre structure constitutionnelle[88].

* * *

Le lecteur aura remarqué que ces derniers commentaires soulèvent plus de questions qu'ils ne fournissent de réponses. Nous l'avons voulu ainsi. Notre but sera atteint s'il résulte de cet exposé non seulement une plus grande clarté conceptuelle dans l'identification des lois rétroactives, mais aussi de plus longues recherches sur leurs validité et fonction.

---

[84] Arts. 3 à 5.

[85] *Macneil* c. *Sharpe,* (1921) 62 R.C.S. 504.

[86] Remarquons qu'en plus d'arguments basés sur la séparation des pouvoirs, cette loi serait peut-être visée par l'art. 96 *A.A.N.B.* Après tout, les nouveaux «juges» du Parlement néo-écossais n'ont certes pas été nommés par le cabinet fédéral...

[87] Voir N. ROWELL, "The Place and Function of the Judiciary in the Canadian Constitution", (1937) 15 *R. du B. can.* 59, à la p. 63.

[88] L'on sait que dans *Liyanage* v. *R.* [1967] 1 A.C. 259, le Conseil privé a fait allusion à une telle séparation de pouvoirs en régime parlementaire. Il est exact que ces remarques n'ont peut-être pas la force d'un *ratio decidendi,* étant donné les dispositions particulières à cet égard dans le *Charter of Justice* ceylanais. Dans la récente affaire de *Beauregard* c. *R.,* [1981] 2 C.F. 543 (Cour fédérale; jugement porté en appel), il a été jugé explicitement que le pouvoir judiciaire au Canada est indépendant, et non pas une simple délégation législative qui peut être enlevée en tout temps. Le jugement est basé, *inter alia,* sur l'*Act of Settlement* de 1700. Pour une critique positiviste (et beaucoup trop formaliste pour notre goût) de ce jugement, voir R. PEPIN, «Jusqu'où va la Souveraineté du Parlement?», (1982) 60 *R. du B. can.* 699.