

CONTRIBUTION À LA THÉORIE DE LA RÉTROACTIVITÉ DES LOIS

Pierre-André Côté*
Montréal

La théorie de la rétroactivité des lois paraît souffrir de deux maux principaux: l'ambiguïté de son vocabulaire et l'imprécision de ses concepts. L'article qui suit vise à la fois des objectifs d'élucidation terminologique et d'éclaircissement conceptuel.

Au plan terminologique, l'auteur fait ressortir l'ambiguïté des expressions "période d'applicabilité de la loi" et "rétroactivité de la loi" et formule des propositions susceptibles de dissiper certains malentendus.

Au plan conceptuel, il propose d'abord une définition opérationnelle de la rétroactivité légale ainsi qu'une méthode de qualification de l'effet rétroactif, méthode fondée sur l'identification de la règle de droit qu'il s'agit d'appliquer ainsi que sur la détermination de la position temporelle des faits auxquels cette règle de droit attache des conséquences.

Il étudie ensuite le concept d'effet rétroactif. Il est évident que la loi ne peut remonter le cours du temps: la rétroactivité, au sens fort d'une action de la loi sur des faits accomplis ou des conduites passées, relève de l'illusion. L'effet rétroactif s'analyse plutôt comme une fiction, dont l'auteur cherche à préciser la durée, les destinataires et l'objet.

The temporal application of statutes is often made unnecessarily difficult by reason of terminological ambiguity and conceptual fuzziness. This article tries to shed some light on some terminological and conceptual aspects of the theory of the retroactive operation of statutes.

At the terminological level, the author focuses on the ambiguity of expressions like "application period of a statute" and "retroactivity of a statute", and makes some recommendations in order to avoid certain misunderstandings.

At the conceptual level, an operational definition of the retroactivity of statutes is offered, as well as a method for identifying instances of retroactivity. This method rests on the identification of the rule of law which is to be applied

* Pierre-André Côté, de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, Montréal, Québec. Ce texte est le troisième d'une série consacrée au droit transitoire. Il reprend certaines des idées exposées dans les deux premiers, soit: *La crise du droit transitoire canadien à paraître*, Mélanges Louis-Philippe Pigeon (1989), et *La position temporelle des faits juridiques et l'application de la loi dans le temps* (1988), 22 R.J.T. 207. Il a été rédigé au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal dans le cadre d'un projet de recherche sur Le droit transitoire du Québec. L'auteur remercie le Fonds FCAR du Québec, le ministère de la Justice du Québec et la Chambre des notaires du Québec d'avoir appuyé ce projet. Il remercie également les professeurs Jean-Maurice Brisson, Pierre Carignan, Katherine Lippel et Danielle Pinard d'avoir bien voulu commenter un projet de ce texte.

and the determination of the temporal position of the facts to which the rule in question attaches legal consequences.

The concept of retroactive effect is also analyzed. Evidently, a statute cannot have the effect of reversing the flow of time: what is done is done, and retroactive effect, in the sense of an action on past facts or conduct, is an illusion. Rather, retroactive effect can be seen as a legal fiction, whose duration, subjects and purpose are discussed.

Introduction

*It seems to me that the word "retrospective" is used in several different senses, and that this leads to a good deal of confusion.***

Le désordre des mots trahit, autant qu'il engendre, le désordre des idées. Comment concevoir clairement un problème quand font défaut ces outils de l'esprit que sont les mots et quand, chez ceux dont on dispose, l'imprécision le dispute à l'ambiguïté?

L'état actuel de la théorie de l'application des lois dans le temps au Canada, du moins en droit dit statutaire, illustre parfaitement les problèmes qu'entraîne le désordre terminologique et conceptuel. Il s'agit d'une matière notoirement complexe. Certains ont prétendu que les principes en étaient clairs et que les difficultés résidaient surtout dans leur application.¹ D'autres, à l'instar du juge dont les propos sont repris en exergue, ont attribué les difficultés rencontrées dans la pratique aux déficiences de la théorie.

En réalité, on ne peut imaginer, ni même souhaiter, que, par le développement théorique du droit transitoire, on arrive un jour à banir toute hésitation de l'application des lois dans le temps. Ces hésitations reflètent d'abord la difficulté d'établir de façon précise la teneur des règles de droit qu'énoncent les textes législatifs. Elles sont aussi, souvent, le tribut qu'il faut payer pour la souplesse, la contrepartie de la flexibilité.² Enfin, elles révèlent des désaccords inhérents à la recherche d'un équilibre entre les exigences de stabilité et de sécurité qui fondent l'ordre juridique étatique, et la nécessité du changement législatif et de la remise en ordre (et donc du désordre) qu'il implique.

On rencontre cependant, en matière d'application des lois dans le temps au Canada, des hésitations qui ne trouvent, ni de justification dans des impératifs de souplesse, ni d'excuses dans les désaccords inhérents

** J. Maugham, *Gardner & Co. Ltd. v. Cone*, [1928] Ch. 955, à la p. 966 (Ch. D.).

¹ Par exemple: "The rule [that a statute is deemed to be prospective and not retrospective] seems clear enough, but it is the application in respect of a particular statute that is often difficult." j. Ford, *Nadeau v. Cook*, [1948] 2 D.L.R. 783, à la p. 785 (Alta. S.C.).

² "Tous les systèmes de droit sont ainsi en quête du bon degré de généralité, c'est-à-dire de celui qui permettra de justifier et de prévoir la solution particulière, sans éliminer toute adaptation concrète." C. Atias, *Théorie contre arbitraire* (1985), p. 15.

aux jugements de valeur. Des hésitations purement gratuites, si l'on peut dire, qui trahissent l'absence d'un accord, dans la communauté juridique canadienne, sur la façon de définir les problèmes d'application temporelle des règles de droit.

Une théorie se conçoit comme un outil de repérage, une représentation du monde qui permet de s'y situer. C'est en ce sens qu'on peut dire qu'il n'y a rien de plus pratique qu'une bonne théorie. En droit, lorsqu'il s'agit de l'application de la loi dans le temps, la théorie devrait fournir le cadre général de la justification des décisions et, par le fait même, rendre davantage prévisibles les solutions particulières. La théorie actuelle du droit transitoire joue bien imparfaitement ce rôle. Combien de fois n'a-t-on pas le sentiment que les questions qui se soulèvent dépassent l'entendement de celui qui doit en disposer, qu'elles échappent ainsi à tout traitement rationnel, et qu'en pratique, les solutions d'espèce sont inspirées surtout par des motifs de pure opportunité puis justifiées avec facilité, mais sans grande force de conviction, par le recours à des principes aux contours flous et au contenu fuyant? Cette situation complique sans raison la tâche des juges et défie souvent les efforts de prévision des justiciables et de leurs conseillers juridiques. L'incertitude pousse aux litiges de sorte que, sans crainte de se tromper, on peut affirmer que, dans le vaste domaine de l'interprétation et de l'application des textes législatifs, le droit transitoire constitue l'élément le plus litigieux.

Un renouvellement théorique s'impose. Il doit porter sur tous les aspects de la question et commencer par l'analyse des termes et des concepts à travers lesquels nous nous représentons le phénomène de l'application de la loi dans le temps. On doit viser l'objectif de susciter à ce sujet un consensus parmi ceux qui font les lois, ceux qui les interprètent et ceux qui les appliquent.

Au Canada, plusieurs personnes se sont déjà mises à cette tâche.³ Aux États-Unis, Stephen R. Munzer a consacré à la rétroactivité des lois deux textes intéressants, l'un portant sur l'analyse du concept de rétroactivité,⁴ l'autre sur la légitimité des lois rétroactives.⁵ En France, outre le traité bien connu du doyen Paul Roubier,⁶ soulignons, parmi une pro-

³ Il faut signaler particulièrement, en droit statutaire, les travaux de E. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd., 1983), pp. 183 et ss. Nous ne partageons cependant pas les vues de Driedger au sujet de la distinction entre les lois "rétroactives" et les lois "rétrospectives": on verra un exposé et une critique de l'apport de Driedger dans notre étude, *La crise du droit transitoire canadien*, *supra*, à paraître, Mélanges Louis-Philippe (1989). Voir aussi, également en droit statutaire, M. Krauss, *Réflexions sur la rétroactivité des lois* (1983), 14 R.G.D. 287. En droit civil, M. Guy, *La réforme du droit de la famille à la lumière du droit transitoire* (1986), 89 R. du N. 143.

⁴ S.R. Munzer, *Retroactive Law* (1977), 6 J. Legal Stud. 373.

⁵ S.R. Munzer, *A Theory of Retroactive Legislation* (1982-83), 61 Tex. L. Rev. 425.

⁶ P. Roubier, *Le droit transitoire (Conflit des lois dans le temps)* (2e éd., 1960).

duction doctrinale abondante, la contribution novatrice du professeur Jacques Héron.⁷

Le phénomène de la rétroactivité législative, central dans le droit transitoire, retiendra seul ici l'attention. On considérera d'abord les termes employés par les juristes canadiens pour parler de l'application temporelle des lois et, en particulier, de la rétroactivité législative, puis on analysera la notion même de rétroactivité. La meilleure compréhension du phénomène de la rétroactivité législative paraît en effet exiger un effort d'élucidation aussi bien terminologique que conceptuelle.

I. L'élucidation terminologique

On doit à Ludwig Wittgenstein l'observation que les choses les plus simples échappent parfois à notre compréhension parce que la réalité nous en est masquée par le langage.⁸ La façon d'exprimer un phénomène peut effectivement constituer un obstacle à la connaissance qu'on peut en avoir.

Cette observation se vérifie par la manière dont on parle, en général, de l'application de la loi dans le temps et, en particulier, de la rétroactivité de la loi.

A. L'application de la loi dans le temps

Quand on demande: "À quelle période la loi X est-elle applicable", au moins deux réponses correctes peuvent être données, trahissant ainsi l'imprécision de la question et l'ambiguïté de la notion d'application de la loi. Cette proposition peut être illustrée par une affaire dont la Cour suprême du Canada a récemment disposé.

L'arrêt *Healy c. Le Procureur général de la province de Québec*⁹ est celui où la cour a statué sur la portée de la loi instituant la fameuse "réserve de trois chaînes". Les éléments du problème soumis à la cour se présentaient ainsi. En 1919, le législateur québécois a modifié l'article 2252 des Statuts refondus du Québec (1909). Voici le texte en question, avant sa modification:

⁷ J. Héron, *Étude structurale de l'application de la loi dans le temps* (1985), 84 R. trim. dr. civ. 277.

⁸ "Philosophy is a battle against the bewitchment of our intelligence by means of language", L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations* 47 (1953). Dans la préface du numéro des Archives de philosophie du droit consacré au langage du droit (1974), M. Villey écrit que: "Tout ce que profèrent les juristes et le législateur se trouve réglé, conditionné, canalisé par le langage. Et ce n'est pas assez dire que le langage est leur instrument, à moins d'ajouter que cet instrument, comme toutes les techniques, les domine. La langue est une servante-maîtresse. Et en vérité le langage est lui-même connaissance; son vocabulaire, sa syntaxe sont une façon de penser le monde, de découper la structure du monde; de notre science, notre langage constitue la première moitié."

⁹ [1987] 1 R.C.S. 158.

2252. Les ventes et octrois gratuits des terres de la couronne sont, et ont été, depuis le 1er juin 1884, sujets à une réserve, pour des fins de pêche, de trois chaînes en profondeur des terres bordant les rivières et les lacs non navigables de la province.

Cette disposition va se trouver modifiée par l'adoption, le 17 mars 1919, et par l'entrée en vigueur, le même jour, de la disposition suivante de la Loi amendant la loi de la pêche et la loi de la chasse de Québec:¹⁰

1. L'article 2252 des Statuts refondus, 1909, est amendé:

a. En remplaçant les mots: "pour des fins de pêche", dans la troisième ligne, par les mots: "en pleine propriété en faveur de la couronne".

À la suite de cette modification, la disposition devait se lire:

2252. Les ventes et octrois gratuits des terres de la couronne sont, et ont été, depuis le 1er juin 1884, sujets à une réserve, en pleine propriété en faveur de la couronne, de trois chaînes de profondeur des terres bordant les rivières et les lacs non navigables de la province.

C'est sur l'effet, à l'égard d'une terre octroyée en 1904, de la modification introduite par la Loi de 1919, qu'a porté essentiellement le débat en Cour suprême. Quel était donc le domaine d'application temporel de la Loi de 1919? Quand a-t-elle commencé d'être applicable? Deux réponses peuvent être données, le 17 mars 1919 et le 1er juin 1884, chaque réponse correspondant à une lecture donnée de la question posée.

(i) *La période d'applicabilité de la Loi de 1919 a commencé le 17 mars 1919*

La période d'applicabilité de la Loi de 1919 a commencé au moment où cette loi est entrée en vigueur, soit le 17 mars 1919. Cette réponse se justifie aussi bien au plan formel du texte législatif qu'au plan matériel de la règle de droit dont le texte constitue le support.

Au plan formel. La Loi de 1919 a le caractère d'une loi modificative: elle agit sur le texte d'une loi antérieure. Son objet et son effet sont de modifier la formulation d'une disposition législative. Cet effet modificatif commence à se produire au moment de l'entrée en vigueur de la Loi de 1919, soit le 17 mars 1919. C'est en effet au moment de son entrée en vigueur qu'une loi devient exécutoire. À compter du 17 mars 1919, on devait lire l'article 2252 des Statuts refondus du Québec (1919) en tenant compte de la modification apportée par la loi nouvelle.

Au plan matériel. La Loi de 1919, en modifiant un texte législatif, agit non seulement sur le texte, support formel de la règle de droit, mais également sur le droit substantiel, sur le fond du droit. Cette loi vient, selon les interprétations, préciser ou modifier la nature du droit que se réserve la couronne en cas de vente ou d'octroi gratuit d'une terre. La règle qui résulte de la modification est exécutoire, doit être observée, à compter du 17 mars 1919, jour de l'entrée en vigueur de la Loi de 1919.

¹⁰ S.Q. 1919, c. 31.

C'est à compter de ce jour que le fond du droit québécois a été changé par modification ou précision d'une règle qu'il contenait déjà.

(ii) *La période d'application de la Loi de 1919 a commencé le 1er juin 1884*

La loi de 1919 pose une règle à l'égard des ventes et octrois faits à compter du 1er juin 1884: c'est donc à ce moment que commence sa période d'application.

La modification de la loi a fait naître une règle de droit. Cette règle doit être observée à compter du 17 mars 1919. Cependant, la règle résultant de la modification apportée par la Loi de 1919 définit (de façon plus précise ou de façon différente, selon les interprétations) l'effet de ventes et octrois gratuits faits depuis le 1er juin 1884. Cette règle est donc applicable à l'égard de faits antérieurs à son entrée en vigueur. On peut dire que, selon ses termes, la Loi de 1919 a effet à compter du 1er juin 1884, c'est-à-dire qu'elle s'applique à l'égard de faits survenus à compter du 1er juin 1884.

Pour lever l'ambiguïté qu'on vient d'illustrer, il convient de faire certaines distinctions. Il faut d'abord remarquer que rechercher le domaine temporel d'une loi, c'est rechercher la portée temporelle des règles de droit qui résultent de l'adoption de cette loi. On doit ensuite souligner que s'interroger sur l'application temporelle d'une règle, c'est en réalité poser deux questions. L'une a trait au rapport entre la loi et les personnes auxquelles elle impose une certaine façon de lire la réalité. L'autre a trait aux rapports entre la loi et les faits dont elle définit le régime juridique.

(1) *Application de la loi—application de la règle de droit issue de la loi*

Alors qu'on parle communément du domaine d'application temporelle de telle ou telle loi, ce qui est en cause, en réalité, et l'exemple tiré de l'affaire *Healy* le montre bien, c'est bien plutôt l'application temporelle des règles de droit qui résultent de l'adoption de la loi.¹¹

On peut analyser l'effet de l'adoption de la loi soit au plan formel, soit au plan matériel. Au plan formel, l'effet de la loi se conçoit comme une action relative à des dispositions légales. Une loi nouvelle adopte, abroge, remplace ou modifie une disposition légale. Ainsi envisagée au plan purement formel, l'application de la loi a pour point de départ le moment de l'entrée en vigueur de la loi, de sa promulgation. C'est à ce moment que la disposition légale ancienne est réputée abrogée, remplacée ou modifiée et que la disposition légale nouvelle commence à former partie de la législation.

¹¹ Selon le Vocabulaire juridique (Gérard Cornu, dir., P.U.F. 1987) 58, le terme "Application de la loi" recouvre diverses opérations. Parmi les quatre sens relevés, on note le suivant: "Action de tirer de la loi, ce qui est dans la loi, en passant du général au particulier (application de la loi signifie, dans ce sens, application de la règle de droit)."

Lorsque la Loi de 1919 a modifié le texte antérieur, cet effet modificatif a commencé le 17 mars 1919, jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. À compter de ce jour, les sujets de droit devaient considérer que le texte antérieur avait été modifié. Comme telle, la Loi de 1919 n'était susceptible d'aucune application autre que celle de commander, à compter de son entrée en vigueur, une nouvelle façon de lire une loi antérieure: son effet premier se situait au strict plan formel du texte législatif. Cette modification textuelle visait toutefois un objet pratique précis. Quel était-il? Voilà qui amène à se placer, non plus au plan formel des dispositions législatives, mais au plan matériel des règles de droit.

L'entrée en vigueur d'une disposition légale marque généralement le moment à compter duquel l'ordre juridique se trouve modifié.¹² C'est à partir de ce moment que les destinataires de la règle de droit doivent lire les faits à travers la grille que leur fournit la règle qui découle de l'entrée en vigueur de la disposition légale. Cette modification du système juridique peut emprunter diverses formes.

Elle peut comporter, premièrement, l'introduction, dans l'élément légal de ce système, d'une règle totalement nouvelle. Par exemple, l'institution d'un péage sur le Pont Jacques-Cartier se traduirait par l'édiction d'une nouvelle règle de droit, d'origine légale, susceptible d'être exprimée schématiquement comme suit: "Si un automobiliste emprunte le Pont Jacques-Cartier, alors il a l'obligation d'acquitter un droit de péage de 25 cents".

Toute nouvelle disposition législative ne crée toutefois pas, de toutes pièces, une règle de droit entièrement nouvelle. Ainsi, plusieurs lois se limitent à changer l'ordre juridique par modification d'éléments de règles antérieures. La réduction du péage d'un pont s'analyse comme la modification d'un élément d'une règle antérieure imposant le péage. Il résultera de cette modification une nouvelle règle: "Si un automobiliste emprunte le Pont Jacques-Cartier, alors il a l'obligation d'acquitter un droit de péage de 10 cents". Le présupposé de la règle reste inchangé: la loi nouvelle ne modifie que l'effet de la règle. C'est ce qui s'est passé dans l'affaire *Healy*: la Loi de 1919, envisagée au plan matériel, avait pour effet de modifier l'effet attaché par la loi ancienne à certains faits, soit la vente et octrois gratuits de terres de la couronne.

¹² La loi nouvelle modifie généralement le droit, mais il n'en va pas nécessairement ainsi. Font exception, notamment, les lois de refonte, qui édictent de nouvelles dispositions légales mais qui sont censées laisser inchangées les règles de droit antérieures. Sur le rapport entre la règle de droit et la disposition légale, on verra: C. Grzegorzcyk et T. Studnicki, *Les rapports entre la norme et la disposition légale*, Archives de philosophie du droit (1974), t. XIX, p. 243, ainsi que: W. Twining et D. Miers, *How to Do Things with Rules* (2e éd., 1982), pp. 136 et ss.

C'est plutôt le présupposé qui serait modifié si, par exemple, la portée de la règle était étendue de manière à ce qu'elle se lise: "Si un automobiliste emprunte le Pont Jacques-Cartier ou le Pont Champlain, alors, il a l'obligation d'acquitter un droit de péage de 25 cents." De même, une disposition qui introduit une définition dans un texte législatif antérieur, par exemple une définition du terme "automobiliste" dans le règlement qui prescrit le péage, vient préciser un élément d'une règle déjà promulguée. Il résulte de cet ajout une règle de droit nouvelle, au contenu plus précis qu'auparavant.

L'entrée en vigueur d'une nouvelle disposition légale implique donc généralement l'introduction dans l'ordre juridique d'une règle entièrement nouvelle ou d'une règle renouvelée par la modification d'un élément d'une règle antérieure.¹³ Quel sera le domaine d'application temporelle de cette règle? Pour répondre clairement à cette question, il faut distinguer selon que l'aplicabilité de la règle est vue sous l'angle de la relation entre la règle de droit et ses destinataires ou plutôt sous celui de la relation entre la règle de droit et les situations de fait qu'elle a vocation à régir.

(2) *Relation règle-destinataires et relation règle-faits*

En attachant des effets déterminés à la survenance de certains faits, celui qui pose une règle de droit cherche à agir sur la conduite de certaines personnes. La poursuite de cet objectif passe par l'institution de deux catégories de relations, dont chacune possède sa dimension temporelle propre: une relation règle-destinataires et une relation règle-faits.

Une image fera facilement saisir la dualité de cette dimension temporelle. Le sujet de droit peut être comparé à une personne qui doit porter des lunettes pour lire la réalité, c'est-à-dire pour déterminer les faits qui comptent aux yeux du droit et établir les conséquences que le droit attache à la survenance de ces faits. Chaque règle de droit lui fournit une de ces lunettes; une certaine grille d'analyse. Si le droit est modifié, le sujet de droit doit changer de lunettes et jeter sur le monde un nouveau regard. Au plan temporel, deux questions se posent alors: pendant quelle période le sujet de droit doit-il porter les nouvelles lunettes en question? Quelle est la situation temporelle des faits sur lesquels le sujet de droit devra jeter un nouveau regard?

En d'autres termes, il faut distinguer la période pendant laquelle on doit porter les nouvelles lunettes de la période pendant laquelle se produisent les faits qu'il faut observer grâce à ces nouvelles lunettes. Par exemple, une loi qui modifie le droit pénal de manière à décriminaliser

¹³ En outre, l'introduction d'une nouvelle règle est souvent assortie de la suppression d'une règle antérieure incompatible. C'est un fait sur lequel on reviendra, car la rétroactivité doit s'analyser autant par rapport à la suppression d'une règle ancienne que par rapport à l'édiction d'une règle nouvelle.

une conduite impose une nouvelle façon de voir la conduite en question. Il faut alors distinguer la période où est tenue la conduite que le droit commande de considérer comme non criminelle de la période pendant laquelle l'observateur doit juger la conduite en question comme n'étant plus criminelle.

On est ainsi naturellement conduit à distinguer ce que nous appellerons le *temps de la loi*, c'est-à-dire ce temps pendant lequel la règle contenue dans la loi nouvelle sert de mesure de la réalité, du *temps des faits*, c'est-à-dire ce temps pendant lequel se produisent les faits qui tombent dans le domaine de la règle nouvelle.

(a) *Le temps de la loi: la relation règle-destinataires*

Envisagée sous l'angle de la relation règle-destinataires, la période d'applicabilité de la règle de droit de source légale se confond avec celle pendant laquelle est exécutoire la loi dont la règle est issue.

D'une part, cette période commence au moment de l'entrée en vigueur de la loi en question: aussi longtemps que celle-ci n'est pas en vigueur, la règle nouvelle ne s'applique pas au sujet de droit, en ce sens qu'il n'est pas tenu d'appliquer à la réalité la grille de lecture que cette règle édicte. D'autre part, la période d'applicabilité de la règle cesse en principe au moment de l'abrogation de la loi dont elle est issue, en ce sens qu'après l'abrogation, le sujet de droit n'a plus, en principe, à tenir compte des règles posées par la loi abrogée.¹⁴

Il ne suffit cependant pas qu'une loi soit exécutoire pour qu'elle soit applicable. Il faut également que se soient produits les faits qu'elle a vocation à régir et qu'ils se soient produits à un moment qui relève de son domaine temporel, ou plutôt, du domaine temporel de la règle qu'elle édicte. Comment délimiter ce domaine? Il s'établit par référence au temps des faits.

(b) *Le temps des faits: la relation règle-faits*

La règle de droit, construction de l'esprit humain, propose une certaine façon de lire les faits. Elle peut le plus souvent s'analyser comme une proposition liant une situation-type, envisagée abstraitement, et des conséquences juridiques découlant de l'accomplissement du fait ou des faits correspondant à l'hypothèse¹⁵ ou au présupposé.¹⁶ La situation prévue

¹⁴ En règle générale, cependant, les règles abrogées continuent à s'appliquer, non pour guider la conduite, mais pour apprécier celle-ci. En principe, en effet, une conduite doit être jugée, appréciée grâce aux règles qui s'appliquaient au moment où elle a été tenue. Une règle de droit abrogée cesse donc d'être applicable pour la direction des conduites, mais reste en général applicable pour leur appréciation. Comme on le verra plus loin, la rétroactivité de la loi écarte ce principe et implique qu'une conduite sera appréciée à la lumière de règles qui n'existaient pas encore au moment où elle fut tenue.

¹⁵ C'est ainsi que J. Dabin désigne la situation-type: *Théorie générale du droit* (1969), p. 73.

¹⁶ C'est le terme retenu par Héron, *loc. cit.*, note 7.

par la règle peut consister dans un fait d'observation, un "fait brut", comme la circulation d'un véhicule routier sur un pont, ou un fait déjà saisi et pour ainsi dire institué par une autre règle de droit, par exemple le fait de la vente ou de l'octroi gratuit d'une terre.

Pour illustrer cette structure de la règle de droit, revenons un instant à l'affaire *Healy*. La Loi de 1919 posait une règle susceptible de s'exprimer ainsi: si une terre de la couronne fait ou a fait, depuis le 1er juin 1884, l'objet d'une vente ou d'un octroi gratuit (c'est le présupposé), alors il en découle (il s'agit d'une relation d'imputation) que cette vente ou cet octroi est, et a été, depuis le 1er juin 1884, sujet à une réserve, en pleine propriété en faveur de la couronne, de trois chaînes de profondeur des terres bordant les rivières et les lacs non navigables de la province (c'est l'effet juridique).

L'application dans le temps d'une règle de droit exige une double vérification: (1) il faut s'assurer de l'accomplissement du fait ou des faits qui réalisent le présupposé de la règle; (2) il faut s'assurer que le ou les faits qui réalisent le présupposé se sont accomplis à un moment où la règle de droit pouvait leur être applicable.

Or, la période pendant laquelle se produisent les faits dont la loi définit le régime juridique ne coïncide pas nécessairement avec celle pendant laquelle la loi doit s'appliquer, doit être observée. La période pendant laquelle la loi est applicable court de son entrée en vigueur jusqu'à son abrogation. Désignons-la comme *la période d'observation de la loi*. C'est la période pendant laquelle la loi est exécutoire. En ce sens, une nouvelle loi n'a d'effet que dans l'avenir, car ce n'est qu'à compter de son entrée en vigueur que le droit est modifié et que sujets de droit et autorités chargées de l'application du droit sont tenus d'observer la réalité à travers la grille que leur impose la nouvelle loi.

Quant à la période à l'égard de laquelle la loi est applicable, elle s'apprécie en rapport avec la situation temporelle des faits auxquels elle est susceptible d'attacher des conséquences. Désignons-la comme *la période d'applicabilité de la loi*. Elle se détermine par rapport aux situations qui relèvent du domaine de la loi plutôt qu'à l'égard des personnes qui sont les destinataires de ses prescriptions.

Normalement, la loi, par les règles de droit qu'elle édicte, définit les conséquences juridiques des faits ou groupes de faits qui surviennent entre son entrée en vigueur et son abrogation. C'est en rapport avec ces faits-là qu'elle est susceptible d'application. Il y a alors concomitance de la période d'observation de la loi et de la période d'applicabilité de la loi. Il s'agit du principe de la "simulactivité de la loi",¹⁷ auquel le législateur peut toutefois déroger en prescrivant, par exemple, que la

¹⁷ Pour le sens du terme principe de "simulactivité", on verra notre étude, *loc. cit.*, note 3.

règle qui résulte de l'adoption d'une loi nouvelle s'appliquera à l'égard d'un fait ou d'un groupe de faits antérieurs à la promulgation de la loi: c'est l'effet rétroactif. La période d'applicabilité de la loi peut donc n'être pas concomitante de sa période d'observation.

Dans l'affaire *Healy*, une plus grande sensibilité à la distinction entre la période d'observation de la Loi de 1919 et sa période d'applicabilité aurait beaucoup simplifié la représentation et la solution du problème qui se posait. Il s'agissait de savoir si la modification de 1919 s'appliquait à l'égard d'une terre concédée en 1904. Si la question: "La Loi de 1919 a-t-elle un effet rétroactif?" était entendue par rapport aux destinataires de ses prescriptions, il fallait admettre que cette loi n'était pas rétroactive. Rappelons qu'elle avait pour effet de modifier le texte d'une loi antérieure. Son effet, ainsi envisagé, était donc purement prospectif, en ce sens qu'elle avait l'effet de modifier ce texte (et de modifier le droit ou de le préciser, selon les interprétations du droit antérieur) seulement à compter du 17 mars 1919, jour d'entrée en vigueur de la modification.

Le juge de la Cour supérieure n'a d'ailleurs pas manqué de tirer argument du fait que la modification du texte valait seulement *ad futurum*.¹⁸

Il est clair que la Loi de 1919 ne mentionne aucunement, ni explicitement ni autrement, qu'elle est rétroactive. Son seul effet, quant à la question qui nous préoccupe, est de remplacer un membre de phrase dans une Loi antérieure.

Quel était cependant l'effet de ce remplacement, pour l'avenir, d'un membre de phrase dans la loi antérieure? Par modification d'une règle antérieure, il faisait naître une nouvelle règle de droit prescrivant, de manière plus précise ou différente, les effets de ventes et octrois de terres survenus depuis le 1er juin 1884. Rappelons la formulation du texte résultant de la modification de 1919:

2252. Les ventes et octrois gratuits des terres de la couronne sont, et ont été depuis le 1er juin 1884, sujets à une réserve, en pleine propriété en faveur de la couronne, de trois chaînes de profondeur des terres bordant les rivières et les lacs non navigables de la province.

La règle que ce texte édictait avait nettement une portée rétroactive, puisqu'elle définissait les effets de faits accomplis avant la promulgation de la loi. La Cour suprême ne pouvait que le reconnaître, ce qu'elle fit d'ailleurs. En ne modifiant pas la date inscrite dans la disposition antérieure (1er juin 1884), l'auteur de la modification marquait clairement la volonté que la règle exprimée par le texte modifié soit applicable à l'égard de faits accomplis, définisse le régime juridique de faits, les ventes et octrois, survenus avant la promulgation de la loi, et revienne ainsi sur le passé.

¹⁸ *Le Procureur général de la province de Québec c. Healey*, [1979] C.S. 286, à la p. 308 (J. Roberge).

Pour résumer, il semble opportun de bien marquer la distinction entre la *période d'observation* d'une loi et la *période d'applicabilité* des règles de droit qu'elle énonce. En réalité, il faudra sans doute se résoudre à vivre avec l'ambiguïté du terme "application" et de ses dérivés: seul le contexte permet alors de préciser s'il s'agit d'une période d'observation des règles par leurs destinataires ou d'applicabilité de celles-ci à l'égard des faits.¹⁹

La polysémie du terme "application de la loi" apparaît inéluctable et les juristes canadiens peuvent facilement s'en accommoder dans la pratique, à la condition d'en avoir une nette conscience. On ne peut pas dire la même chose de l'ambiguïté de l'expression "rétroactivité de la loi".

B. La rétroactivité de la loi

À l'expression "rétroactivité de la loi", on peut faire le reproche de quelques imprécisions et d'une ambiguïté radicale.

Imprécise, l'expression "loi rétroactive" l'est à deux titres. Premièrement, il serait plus précis de parler de "loi à effet rétroactif" plutôt que de "loi rétroactive" car la rétroactivité, si c'est une propriété de la loi (on peut penser qu'il s'agit plutôt d'une propriété des règles de droit que la loi énonce) apparaît bien comme une propriété de la portée de la loi, de son domaine d'application. La preuve en est que la quasi-totalité des lois qu'on qualifie de rétroactives sont aussi, en même temps, des lois prospectives, car elles s'appliquent aussi à l'égard de faits postérieurs à leur promulgation. Elles ont donc tout à la fois une portée rétroactive et une portée prospective. Il vaudrait donc mieux parler de loi à effet rétroactif.

Deuxièmement, le terme "rétroactif", en raison de son sens étymologique (*retro agere*: agir en arrière, dans le passé), peut donner à penser qu'il est du pouvoir d'une loi de portée rétroactive, de son auteur ou de son interprète, de remonter le cours du temps et d'exercer une action sur des faits passés. Idée absurde autant que séduisante, qui n'est pas étrangère à certaines erreurs d'appréciation des effets d'une loi rétroactive, comme nous pourrions le montrer plus loin.²⁰

¹⁹ La pratique du législateur québécois consiste à distinguer deux concepts: celui du moment où la loi entre en vigueur et celui du moment à compter duquel la loi a effet. Pour marquer la rétroactivité d'une disposition législative, il précise généralement que cette disposition "a effet depuis le...". Cette pratique terminologique, tout en étant parfaitement correcte, ne dissipe pas pour autant l'équivoque entourant des termes comme "application de la loi" ou "effet de la loi". On a beau écrire qu'une disposition a effet depuis le 1er janvier 1988, il n'en demeure que cette disposition n'aura jamais d'effet si elle n'est pas mise en vigueur. L'effet d'une disposition commence donc aussi bien au moment où peut se produire le premier fait qu'elle peut régir (c'est son effet envisagé par rapport aux faits) qu'au premier instant du jour où elle devient exécutoire (c'est son effet envisagé par rapport à ses destinataires).

²⁰ *Infra*, pp. 85-87.

Il s'agit là, sans doute, de vétilles, et l'on peut très bien continuer de faire référence à une "loi rétroactive" tout en étant bien conscient de l'imprécision de cette expression. Il en va autrement de l'ambiguïté radicale de l'usage du terme "rétroactif" tel qu'il est employé en droit canadien, et qu'il faudrait absolument éviter.

On peut relever au moins trois sens possibles de ce terme, sens d'ailleurs fort justement distingués par le juge Maugham dans l'affaire *Gardner & Co. Ltd. v. Cone*.²¹

Dans son sens le plus large, est qualifiée de rétroactive la loi dont l'application porterait atteinte à des droits acquis, que ce soit pour le passé ou pour l'avenir. Dans ce sens large, serait considéré comme rétroactif un règlement d'urbanisme qui prétendrait prescrire l'usage futur d'un immeuble sans respecter les droits acquis à un usage dérogatoire. Ce règlement serait tenu pour rétroactif même dans l'hypothèse où il n'aurait aucune application à l'égard de l'usage antérieur de l'immeuble. Dans ce premier sens, le sens subjectif et large, "rétroactif" est synonyme d'atteinte aux droits acquis.

Dans un sens objectif et plus étroit, est qualifiée de rétroactive la loi qui définit le régime juridique d'un fait accompli avant son entrée en vigueur: c'est la loi qui s'applique *ex post facto*. Par exemple, une loi qui viendrait régulariser un règlement illégalement édicté serait rétroactive selon ce second sens, car elle reviendrait sur un fait accompli, l'acte d'édition du règlement.

Dans un troisième sens, on appelle "rétroactive" la loi à effet purement procédural pour signifier que ce type de loi, dès son entrée en vigueur, s'applique de manière à régir sans exception toutes les procédures à venir, y compris celles qui se rattachent à un fait antérieur à sa promulgation. On dira, par exemple, que les lois relatives à la preuve sont rétroactives, car elles s'appliquent en principe à toutes les preuves qui seront produites après leur promulgation, lors même que ces preuves se rapporteraient à des faits antérieurs à celle-ci.

On ne peut que déplorer la confusion qu'engendre un vocabulaire aussi équivoque. La Cour suprême du Canada s'emploie d'ailleurs, depuis quelques années, à clarifier la terminologie du droit transitoire. Elle paraît vouloir, avec raison, réserver le terme "rétroactif" à la loi qui modifie le droit *ex post facto*.²² La rétroactivité de la loi et l'atteinte aux droits acquis sont présentées comme deux phénomènes entièrement distincts et

²¹ [1928] 1 Ch. 955, à la p. 966 (Ch. D.).

²² On verra: *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Le Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271; *Procureur général de la province de Québec c. Tribunal de l'expropriation*, [1986] 1 R.C.S. 732.

l'autonomie du principe du maintien des droits acquis est affirmée.²³ Quant aux lois de procédure, c'est, selon la cour, à tort qu'on les qualifierait de rétroactives, car leur application aux affaires en cours s'expliquerait simplement par le fait qu'"il n'existe pas de droits acquis en procédure".²⁴ De telles lois devraient donc, autant que faire se peut, s'appliquer, dès leur promulgation, aux affaires en cours, pour ce qui concerne le déroulement à venir de ces dernières, et non pas en ce qui concerne leur déroulement passé.

Comme les colons de jadis, notre entreprise nous a d'abord conduit à aménager une éclaircie, à en éradiquer quelques obscurités et à nous assurer de la solidité du sol terminologique. Ces précisions d'ordre terminologique devraient permettre d'y voir un peu plus clair. Il est maintenant temps de chercher à y asseoir une notion plus précise de la rétroactivité et de l'effet rétroactif.

II. L'élucidation conceptuelle

Les efforts d'élucidation du concept de rétroactivité qui paraissent s'imposer devraient rechercher un accord sur les réponses à donner à deux questions distinctes. La première concerne le concept même de rétroactivité légale et peut être ainsi formulée: "À quels traits devrait-on reconnaître qu'une loi ou une règle de droit possède un effet rétroactif?" Il s'agit donc de la définition de la rétroactivité. La seconde se rapporte à la nature de l'effet rétroactif: "Quelles conséquences, au plan juridique, devrait-on reconnaître à la promulgation d'une loi ou d'une règle rétroactive?"

A. La définition de la rétroactivité légale

Le doyen Roubier a proposé la définition suivante de la rétroactivité: "La définition de la rétroactivité est fort aisée: c'est le report de l'application de la loi à une date antérieure à sa promulgation."²⁵ Cette définition de la rétroactivité ne se trouve pas entièrement dépourvue d'utilité. Ainsi, elle précise le concept suffisamment pour permettre de ranger parmi les lois rétroactives celle qui, promulguée le premier janvier 1988, comporterait la disposition suivante: "La présente loi a effet depuis le 2 décembre 1987." La définition mise de l'avant par Roubier peut également servir à distinguer la loi rétroactive de celle qui, sans revenir sur le passé, s'applique à compter de sa promulgation à l'égard de toutes les situations juridiques, indépendamment du moment où elles se sont constituées. À distinguer, en somme, l'effet rétroactif de l'effet simplement immédiat ou général de la loi nouvelle.

La définition que propose Roubier présente cependant une utilité limitée en pratique: la compréhension du concept de rétroactivité est

²³ *Ibid.* Sur la distinction entre la rétroactivité de la loi et l'atteinte aux droits acquis, on verra notre étude, *La crise du droit transitoire canadien*, *loc. cit.*, note 3.

²⁴ *Wildman c. la Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, à la p. 331 (J. Lamer).

²⁵ Roubier, *op. cit.*, note 6, p. 10.

précisée mais son extension reste floue. La définition ne nous dit pas à quel critère recourir pour déterminer les circonstances où l'on doit tenir que l'application faite d'une règle implique un report dans le passé de l'application de la loi. Or, c'est là que réside en pratique une grande partie de la difficulté. Roubier s'en est d'ailleurs montré fort conscient, consacrant tout un traité à développer et illustrer une méthode de qualification propre à préciser l'extension du concept de rétroactivité qu'il préconisait.

On ne peut s'empêcher, à ce propos, de songer que la définition de la rétroactivité pose un problème de même nature que la définition du "sens" d'une pièce dans le jeu d'échec. On peut définir le roi, par exemple, de façon superficielle, pour le distinguer par sa forme des autres pièces du jeu. Mais le véritable "sens" de cette pièce ne peut se comprendre qu'à partir des règles du jeu d'échec qui déterminent les coups qui sont permis ou interdits au roi.²⁶ De même, le sens profond de la rétroactivité ne peut se déduire que des règles qui définissent cette activité particulière qu'on dénomme l'"application de la loi". La définition de la rétroactivité paraît en effet exiger, à partir de réflexions sur le phénomène de l'application de la loi, la conception d'une méthode de qualification, d'un outil méthodologique de qualification. Cet outil devrait prescrire la démarche intellectuelle à suivre lorsque se pose la question de savoir si une application donnée d'un texte légal implique un effet rétroactif.

Pour répondre à la question: "Telle application de la loi a-t-elle un effet rétroactif?", diverses méthodes d'approche ont été mises de l'avant par la doctrine. Après avoir brièvement rendu compte de trois contributions doctrinales à l'analyse du phénomène de la rétroactivité, nous exposerons notre propre conception de la méthode de qualification qui devrait être retenue.

(1) *Trois conceptions de la rétroactivité*

Parmi les travaux de doctrine consacrés à la rétroactivité, ceux de trois auteurs vont ici retenir l'attention: ceux de Paul Roubier, de Stephen R. Munzer et de Jacques Héron.

(a) *Paul Roubier*

On doit au doyen Paul Roubier une méthode d'analyse de l'application de la loi dans le temps fondée sur la notion de situation juridique. Cette méthode, exposée dans un traité magistral intitulé *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*,²⁷ a eu une influence profonde sur

²⁶ Le terme "rétroactivité" se réfère à un fait construit par le droit, à un fait "institutionnel" plutôt qu'à un fait "brut", pour reprendre les expressions de J.R. Searle, *Les actes de langage. Essai de philosophie du langage* (1972), pp. 91-94. On ne peut définir un terme comme celui-ci que par référence au phénomène institutionnel que représente l'application de la loi, aux règles qui constituent ou définissent ce que c'est qu'appliquer la loi.

²⁷ *Op. cit.*, note 6.

la doctrine et la jurisprudence en droit civil français, et, dans une moindre mesure, sur le droit administratif et pénal de ce pays. Au Canada, le professeur Marcel Guy, entre autres, y a eu recours pour étudier l'application dans le temps de la réforme du droit québécois de la famille.²⁸ On peut également trouver, dans un arrêt récent de la Cour suprême, des réflexions qui, sans consacrer l'approche de Roubier, paraissent cependant y puiser une partie de leur inspiration.²⁹

Pour Roubier, l'action de la loi dans le temps se ramène à une action vis-à-vis de situations juridiques passées, présentes ou futures.³⁰ Ces situations, dont le nombre est infini, doivent être définies par les diverses branches du droit. Ainsi, le droit des personnes définit la situation juridique d'époux, d'époux divorcés, ou d'enfant légitime ou naturel, et ainsi de suite. Le droit public définit la situation juridique de prestataire de l'assurance-chômage ou de l'aide sociale, de prisonnier ou de prisonnier admis à la libération conditionnelle, d'immigrant, de condamné, etc.

Les situations juridiques se déroulent dans le temps à la manière d'un organisme vivant: elles naissent, produisent des effets, puis s'éteignent. Elles passent ainsi par des "phases dynamiques", celles qui correspondent à leur création et à leur extinction, et par une "phase statique", celle qui correspond au moment où se produisent leurs effets.³¹ Ainsi, pour prendre un exemple dans le domaine de l'assurance-chômage, terreau fertile en difficultés d'application des lois dans le temps, on peut distinguer les règles qui prescrivent les conditions de création de la situation juridique de prestataire de l'assurance-chômage (les conditions d'admissibilité et d'admission au régime), celles qui se rapportent aux effets de cette situation juridique (celles qui établissent la nature et les modalités des prestations) et celles qui prescrivent les circonstances qui conduisent à l'extinction de la situation juridique (les causes de déchéance ou d'extinction du droit aux prestations).³²

Si la loi prescrit *les conditions de création ou d'extinction d'une situation juridique*, elle sera considérée comme rétroactive lorsqu'elle prend en considération, comme faits créateurs ou extinctifs, des faits antérieurs à sa promulgation. Elle sera ainsi rétroactive si elle attribue à

²⁸ Guy, *loc. cit.*, note 3.

²⁹ *Procureur général de la province de Québec c. Tribunal de l'expropriation*, *supra*, note 22.

³⁰ *Op. cit.*, note 6, p. 181.

³¹ *Ibid.*, p. 182.

³² On verra une application de la méthode de Roubier en matière d'assurance-chômage dans A.-G. Brodeur, *L'effet de la loi dans le temps à travers quelques récentes modifications à la Loi sur l'assurance-chômage* (thèse de maîtrise non publiée, Faculté de droit, Université de Montréal, 1985).

³³ *Op. cit.*, p. 182.

un fait accompli une vertu créatrice ou extinctive dont ce fait était dépourvu au moment de sa survenance ou encore si elle s'applique de manière à dénier à un fait accompli l'effet d'avoir fait naître ou d'avoir éteint une situation juridique.³³ Si, d'autre part, il s'agit de fixer *les effets d'une situation juridique*, il y a rétroactivité dès lors que la loi s'applique de façon à définir les effets déjà produits par cette situation. Quand, au contraire, elle ne règle que les effets à venir d'une situation antérieurement constituée, son effet doit être tenu pour simplement immédiat.³⁴

(b) *Stephen R. Munzer*

Un autre modèle, qui a pour point d'appui la notion de fait juridique, peut être construit à partir des travaux de l'Américain Stephen R. Munzer³⁵ et du Français Jacques Héron.³⁶ On appelle "fait juridique" un fait auquel le droit attache des conséquences juridiques.

Munzer définit la rétroactivité en termes de relations entre une loi (*a law*) et ce que, par commodité, il appelle "un acte" (*an act*).³⁷ Il qualifie de rétroactive la loi qui modifie le statut juridique d'un "acte" survenu avant la promulgation de la loi:³⁸

. . . a law is retroactive with respect to an act if and only if the law was created at a given time, the act was done before that time, and the law altered the legal status of that act.

Par modification du statut juridique (*legal status*), Munzer entend désigner aussi bien une altération du "caractère" de l'acte passé qu'une modification des "conséquences" que lui assigne le droit.³⁹ Serait ainsi rétroactive une loi qui rend délictueux un acte qui ne l'était pas auparavant (c'est une altération de son "caractère") aussi bien que celle qui modifie la sanction prévue pour un acte déjà réputé délictueux par le droit antérieur (c'est une altération de ses "conséquences").

La méthode de qualification suggérée par Munzer a le mérite de la simplicité: elle consiste à localiser dans le temps l'"acte" dont une loi nouvelle modifie le caractère ou les conséquences. Si cet "acte" se situe avant la promulgation de la loi nouvelle, celle-ci est rétroactive.

(c) *Jacques Héron*

Autrement plus complexe, et plus fine aussi, est la méthode préconisée par Jacques Héron. Il nous propose une analyse structurale de

³⁴ *Ibid.*, p. 183.

³⁵ *Loc. cit.*, note 4.

³⁶ *Loc. cit.*, note 7.

³⁷ "The law takes cognizance of a wide variety of things, such as the acts, activities, and omissions of persons and the relations in which they stand to other persons or to things or to events. For economy, let's take the word act to extend to all legally cognizable items, processes, relations and events, but to apply only to instances, not types, thereof."; *loc. cit.*, note 24, à la p. 381.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, à la p. 382.

l'application de la loi dans le temps. Brièvement résumées et en simplifiant, voici les grandes lignes de sa méthode:

(i) L'application de la loi dans le temps se ramène à l'application des règles de droit qui résultent, directement ou indirectement, de la promulgation d'une loi. Le premier pas consiste donc à dégager des dispositions légales la règle qu'il s'agit d'appliquer.

(ii) Ces règles de droit ont une structure logique ternaire: un présupposé (il s'agit des faits-type dont la survenance entraîne l'application de la règle; le présupposé est représenté par le symbole A), un effet juridique (il s'agit des conséquences associées dans la règle à la réalisation du présupposé; il est représenté par le symbole B) et un rapport d'imputation (i) ou de non-imputation (n) entre le présupposé et l'effet juridique.⁴⁰

(iii) Le présupposé peut comporter des éléments purement factuels, ou des éléments qui ont déjà un caractère juridique.⁴¹ Il peut comporter un seul élément ou en comporter plusieurs, et sa réalisation concrète peut se produire de manière instantanée, successive ou continue.⁴²

(iv) Le système proposé par Héron postule l'existence de règles justifiées par des exigences logiques, règles le plus souvent implicites. Ainsi, pour Héron, l'institution d'un péage sur un pont sera représentée logiquement par le remplacement d'une règle implicite du type AnB par une règle nouvelle explicite du type AiB. L'ancienne règle ("Si un automobiliste emprunte le Pont Jacques-Cartier, alors il *n'a pas* l'obligation d'acquitter de péage de 25 cents.") reflète pour ainsi dire la face cachée du droit. Dans cette perspective, tout ce qui est non-dit n'appartient pas pour autant au non-droit. Héron considère "qu'un changement de règles consiste toujours dans l'inversion du rapport qui relie le présupposé à l'effet juridique".⁴³ Pour chaque règle explicite, la méthode de Héron postule donc l'existence d'une règle, le plus souvent implicite

⁴⁰ *Loc. cit.*, note 7, à la p. 280. Par exemple, si un automobiliste franchit tel péage (c'est le présupposé) alors cela entraîne (ou n'entraîne pas) (c'est le rapport d'imputation ou de non-imputation) l'obligation de payer vingt-cinq cents (c'est la conséquence juridique). La structure de cette règle peut être ainsi représentée: A i (ou n)B. Ce type de structure est caractéristique non seulement des règles de droit mais aussi de toute règle quelconque: "... toute règle, quelle que soit sa nature ou sa formulation, se ramène, en tant que contenu de pensée, à cette structure logique typique: Dans telles ou telles circonstances, à tel ou tel moment épisodique ou périodique, telle chose peut ou doit (ou encore a telle probabilité de) se produire ou de ne pas se produire." P. Amselek, Philosophie du droit et théorie des actes de langage, dans P. Amselek (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit* (1986), p. 109, à la p. 141. Sur la structure des règles de droit, on verra également: G. Gottlieb, *The Logic of Choice* (1968), p. 40, et Twining et Miers, *op. cit.*, note 12, pp. 136-140.

⁴¹ Héron, *loc. cit.*, note 7, à la p. 317.

⁴² *Ibid.*, à la p. 319.

⁴³ *Ibid.*, à la p. 281.

(rien n'interdit cependant au législateur de l'expliciter), où le rapport entre le présupposé et l'effet juridique est inversé.

(v) L'application d'une règle exige que l'on situe dans le temps le fait ou le groupe de faits qui réalisent le présupposé de la règle. Trois situations peuvent alors être envisagées. Ou bien le fait ou les faits qui réalisent le présupposé sont survenus entièrement avant la promulgation de la règle: c'est l'hypothèse de la rétroactivité. Ou bien le fait ou les faits qui réalisent le présupposé sont survenus entièrement après la promulgation de la règle: c'est l'hypothèse de la non-rétroactivité. Ou bien le fait ou les faits qui réalisent le présupposé sont survenus pour partie avant et pour partie après la promulgation de la règle: c'est ce que Héron dénomme le phénomène de la "dispersion des faits", qui se résout dans un choix entre l'application immédiate de la loi nouvelle et la survie de la loi ancienne.⁴⁴

(2) *Proposition d'une méthode de qualification*

Aucune des méthodes de qualification jusqu'ici exposées ne donne entière satisfaction. Cependant, la démarche préconisée par Héron, qui paraît avoir quelques chances d'être acceptée par la pratique, devrait être retenue, à la condition qu'une modification importante y soit apportée.

Le traité de Roubier constitue l'un des plus beaux fleurons de la doctrine juridique française, un trésor d'informations précises, notamment sur l'histoire du droit transitoire, de perspectives éclairantes et de pistes fécondes. En particulier, la distinction fondamentale de l'effet rétroactif et de l'effet immédiat ne saurait être remise en cause. Toutefois, le concept de "situation juridique", qui constitue la pierre de touche de la théorie de Roubier, présente un caractère trop abstrait pour qu'on puisse, avec quelque espoir de succès, songer à proposer celle-ci comme modèle aux juristes canadiens. C'est une théorie qui, à coup sur, sera vue comme trop "théorique", trop éloignée de ce qui, pour les praticiens du droit, apparaît comme étant la réalité de l'application de la loi, telle qu'elle leur est enseignée par l'expérience.⁴⁵ On doit noter qu'en France même, bien que Roubier ait exercé une influence déterminante sur le droit positif, son système ne reflète que partiellement les pratiques du législateur ou du juge. Ainsi, au sujet de la théorie des droits acquis combattue par Roubier, des auteurs français ont noté que "[s]a survivance, malgré la disparition de son support doctrinal et logique, marque le refus de la

⁴⁴ On trouvera des exemples de "dispersion des faits" dans notre étude intitulée, *La position temporelle des faits juridiques et l'application de la loi dans le temps* (1988), 22 R.J.T. 207.

⁴⁵ On verra, à ce propos, les pages très éclairantes qu'Atias consacre à la manière dont une communauté procède à la sélection des théories juridiques; *op. cit.*, note 2, pp. 119-170.

Cour de cassation de s'enfermer dans la construction de Roubier, jugée, sans doute, d'une logique trop abstraite".⁴⁶

L'analyse de Munzer, quoique juste dans l'ensemble, reste quand même relativement superficielle et imprécise. Par exemple, pourquoi devrait-on restreindre la notion de la rétroactivité aux seuls cas où la loi est susceptible de modifier le statut juridique d'un "acte" passé? Une loi qui reprendrait mot pour mot le texte d'une loi antérieure ne saurait donc avoir effet rétroactif? Chacun sait qu'il suffirait que cette loi dispose qu'elle a effet à compter d'un jour antérieur à sa promulgation pour qu'on doive la considérer comme rétroactive. Évidemment, c'est une rétroactivité relativement inutile,⁴⁷ mais non moins réelle. Munzer ne distingue pas non plus les faits auxquels la loi attache des conséquences des conduites tenues par les sujets de droit en rapport avec ces faits: sa notion d'"acte" s'avère ainsi radicalement ambiguë.

La méthode préconisée par Héron nous semble, à bien des égards, la meilleure. Elle propose une démarche qui rend explicite les raisonnements que les praticiens font lorsqu'ils sont confrontés à des problèmes d'application de la loi. Héron suggère d'ailleurs, comme technique servant à identifier les faits qu'il faut mettre dans le présupposé d'une règle, que le lecteur de la règle se place dans une perspective contentieuse et se demande quels sont les faits qu'il devrait soumettre au juge pour obtenir gain de cause.⁴⁸ Il définit, fort judicieusement, le problème d'application de la loi comme un problème d'application des règles juridiques,⁴⁹ démontre la nécessité de "lire" la règle de droit dans les dispositions légales et souligne les nombreuses difficultés de cette entreprise.⁵⁰ Son texte est également convaincant en ce qui concerne un phénomène qui échappe au sens commun, celui de la dispersion des faits juridiques de part et d'autre au moment de la promulgation de la loi.⁵¹

Une réserve s'impose cependant: nous ne pouvons suivre Héron lorsqu'il postule l'existence des règles implicites qui seraient plus ou moins l'image inversée des règles posées par le droit. Il s'agit là d'un élément qui complique d'une façon extraordinaire sa théorie, et dont, au surplus, on peut contester l'existence ailleurs que dans le monde de la

⁴⁶ J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil*, T. 1, Introduction générale (2e éd., 1982), p. 268.

⁴⁷ Pas tout à fait, cependant. Voir: *Re Yat Tung Tse and College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1978), 83 D.L.R. (3d) 249 (Ont. Div. Ct.).

⁴⁸ *Loc. cit.*, note 7, à la p. 316.

⁴⁹ *Ibid.*, à la p. 278.

⁵⁰ *Ibid.*, aux pp. 314-321.

⁵¹ Comme on a le sentiment qu'il faut qu'une porte soit ouverte ou fermée, le sens commun suggère que les faits juridiques doivent se dérouler soit avant, soit après la promulgation d'une loi. Héron démontre qu'ils peuvent se dérouler ni avant ni après le changement législatif, mais en quelque sorte "pendant" celui-ci, en le chevauchant.

logique. Si un automobiliste a franchi un poste de péage au moment où la règle exigeait qu'il paye vingt-cinq cents (AiB'), et qu'il est ensuite poursuivi pour infraction à une règle promulguée plus tard exigeant le paiement d'une somme de cinquante cents (AiB''), c'est une vue de l'esprit de considérer que son acquittement aurait pour fondement une règle non écrite qui, au moment des faits, prescrivait que le passage du péage n'entraînait pas l'obligation de payer cinquante cents (AnB'). La décision de l'acquitter sera, semble-t-il, plutôt fondée sur la règle voulant que, faute pour la poursuite d'avoir pu, en raison de l'antériorité des faits, établir la violation de la règle AiB'', le juge doit prononcer l'acquittement.⁵²

La "règle implicite" jouait cependant, dans le système de Héron, un rôle important: elle servait, en particulier, à mettre en opposition deux aspects de l'effet rétroactif. La mise en vigueur d'une loi nouvelle peut en effet revenir sur des faits accomplis de deux façons différentes. La loi nouvelle peut attacher des effets à des faits accomplis avant sa promulgation ou elle peut porter atteinte aux effets déjà produits par des faits accomplis en vertu d'autres règles. La "règle implicite" permettait de faire bien voir ce double aspect fondamental. On peut cependant arriver à ce résultat sans le recours à cette notion.

Nous proposons, pour notre part, la définition suivante de la loi d'effet rétroactif: *une loi a un effet rétroactif si, et seulement si, elle a, de manière positive ou négative, l'effet de prescrire le régime juridique d'un fait ou d'un groupe de faits entièrement accomplis avant son entrée en vigueur.*

Cette définition appelle trois commentaires:

(i) Prescrire le régime juridique d'un fait se traduit soit par une action à l'égard de la juridicité de ce fait, soit par une action à l'égard de la définition de ses effets juridiques. Cette distinction rejoint celle que Munzer fait entre une atteinte au "caractère" d'un "acte" et une modification des "conséquences" d'un "acte".

(ii) Pour que l'effet soit rétroactif, il faut que les faits dont la loi prescrit le régime juridique soient des faits qui appartiennent *entièrement* au passé. N'est donc pas rétroactive, premièrement, la loi applicable sur le fondement d'un fait ou d'un groupe de faits survenus entièrement après sa promulgation.

Il n'y a pas lieu, deuxièmement, de qualifier de rétroactive la loi qui fonde son application sur un fait ou sur un groupe de faits se réalisant pour partie avant sa promulgation, et pour partie après. Par exem-

⁵² Héron concède que, si l'existence de la règle implicite répond à une nécessité logique, sa connaissance par les sujets de droit, et même l'établissement d'une telle règle à leur endroit est, en pratique, contestable; *loc. cit.*, note 7, à la p. 281, à la note 15.

ple, le présupposé d'une règle qui établit que le stationnement d'un véhicule routier sur une voie publique pour une période de plus de quarante-huit heures est interdit se réalise dans un fait durable (le stationnement) qui ne produit d'effet que s'il dure plus de quarante-huit heures. Doit-on considérer comme rétroactive l'application de cette règle dans l'hypothèse où un véhicule a été stationné pendant vingt-cinq heures avant la promulgation de la règle et pendant vingt-cinq heures après? Le fait correspondant au présupposé se réalise alors pour partie avant et pour partie après la promulgation. D'une certaine manière, tenir compte du temps écoulé avant la promulgation équivaut à revenir sur le passé: le fait du stationnement antérieur, sans conséquences lorsqu'il s'est déroulé, est revêtu, *a posteriori*, de conséquences juridiques. Toutefois, il ne représente qu'une partie du fait nécessaire à l'application de la règle, et l'autre partie de ce fait se déroule après la promulgation de celle-ci.

En cas de dispersion des faits de part et d'autre du moment de la promulgation de la règle, on est confronté à une situation intermédiaire entre l'effet purement rétroactif et l'effet purement simulactif ou prospectif. Même si cette situation présente un caractère de quasi-rétroactivité, nous ne sommes pas partisan de parler ici d'effet quasi-rétroactif: notre préférence va plutôt au terme "effet immédiat" ou, mieux encore, "effet général" pour désigner l'application d'une règle dans le cas où les faits qui réalisent son présupposé sont pendants au moment de sa promulgation. Pour plus de clarté, l'expression "effet rétroactif" ne devrait être employée que dans l'hypothèse où le présupposé de la règle se réalise entièrement avant sa promulgation.⁵³

(iii) Une loi nouvelle peut avoir l'effet de prescrire le régime juridique de faits accomplis, soit de manière positive, en attachant à ces faits des effets qu'ils n'avaient pas lorsqu'ils se sont produits,⁵⁴ soit de manière négative, en remettant en cause l'application antérieure d'une autre règle de droit. On doit donc distinguer deux types d'effet rétroactif: l'effet rétroactif que l'on peut appeler "positif" et l'effet rétroactif que l'on peut appeler "négatif".

Si une loi introduit une nouvelle règle dans le droit, elle a un *effet rétroactif positif* si cette nouvelle règle s'applique de manière à prescrire le régime juridique d'un fait ou d'un groupe de faits survenus avant sa promulgation. Ainsi, une loi nouvelle conférant un recours à la victime

⁵³ Sur le concept de dispersion des faits et celui d'effet général de la loi nouvelle, on verra notre étude, *loc. cit.*, note 44.

⁵⁴ On suppose ici que la loi rétroactive édicte une règle dont le contenu est nouveau et, pour cette raison, susceptible de modifier les effets d'un fait passé. Il n'en va pas nécessairement ainsi. Une loi rétroactive peut édicter une règle qui reproduit fidèlement une règle ancienne. Dans ce cas, la loi nouvelle, dans la mesure où elle a effet rétroactif, prescrit le régime juridique d'un fait accompli, mais sans *modifier* les effets de ce fait: elle a alors un effet confirmatif et non modificateur.

d'un acte discriminatoire ne peut, sans rétroactivité, s'appliquer à l'égard d'un acte accompli avant sa promulgation.⁵⁵

L'application de la loi nouvelle ne peut non plus, sans rétroactivité, entraîner la remise en question des effets que le droit a fait découler, avant sa promulgation, de la survenance d'un fait. Si c'était le cas, la loi nouvelle prescrirait ainsi indirectement les effets d'un fait accompli. C'est ce que nous suggérons d'appeler *l'effet rétroactif négatif*, car il conduit à nier l'effet déjà produit par un fait accompli.⁵⁶ Par exemple, la loi qui supprime une règle ancienne⁵⁷ possède un effet rétroactif négatif si elle remet en cause le régime juridique que la règle ancienne avait déjà imprimé à un fait ou à des faits accomplis avant la promulgation de la loi nouvelle. Ainsi, lorsque, par l'effet d'une règle ancienne de prescription, un médecin a été dégagé de responsabilité à l'égard des dommages subis par une patiente, une loi nouvelle qui vient modifier les règles de prescription, et qui écarte donc l'ancienne règle, ne peut, sauf à être rétroactive, revenir sur l'effet que l'écoulement du délai de prescription avait antérieurement produit, et faire renaître le droit éteint par prescription: il s'agit là d'un fait accompli.⁵⁸ La Loi d'interprétation fédérale⁵⁹ consacre d'ailleurs le principe de la non-rétroactivité de l'abrogation d'un texte législatif.

Un récent arrêt de la Cour suprême du Canada illustre bien la distinction qu'on propose ici. Dans *R. c. Stevens*,⁶⁰ l'accusé aurait eu, avant l'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés,⁶¹ des

⁵⁵ *Latif c. La Commission canadienne des droits de la personne*, [1980] 1 C.F. 687 (C.A.).

⁵⁶ Nous ne considérons pas comme rétroactive la loi qui atteint les effets d'un fait accompli qui ne se seront pas encore produits au moment de sa promulgation. Cela se produit, par exemple, lorsque la loi s'applique de manière à compromettre, pour l'avenir, l'exécution d'un contrat à exécution continue, tel un bail. On doit toutefois admettre qu'en pratique, il est souvent malaisé de tracer la ligne séparant les effets antérieurs et les effets postérieurs d'un fait accompli avant la promulgation de la loi.

⁵⁷ La suppression d'une règle peut s'effectuer de façons diverses: par l'abrogation de la disposition qui l'édicte, par son remplacement ou même par sa simple modification. La modification d'une disposition a généralement pour effet de supprimer la règle correspondant à l'ancienne rédaction et d'édicter la règle correspondant à la nouvelle rédaction. Ainsi, la modification, envisagée sous l'angle des règles de droit, possède un effet double (suppression-édiction) qui n'est pas toujours perçu, l'attention étant le plus souvent monopolisée par l'édiction de la nouvelle règle.

⁵⁸ *Martin c. Perrie*, [1986] 1 R.C.S. 41.

⁵⁹ S.R.C. c. 1-23, a. 35: "Lorsqu'un texte législatif est abrogé en tout ou en partie, l'abrogation. . . b) n'atteint ni l'application antérieure du texte législatif ainsi abrogé, ni une chose dûment faite ou subie sous son régime." Ce texte a été appliqué dans l'affaire *Young c. Le secrétariat d'État*, [1982] 2 C.F. 541 (C.F.).

⁶⁰ [1988] 1 R.C.S. 1153.

⁶¹ Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982.

relations sexuelles avec une jeune fille de treize ans qui n'était pas son épouse, contrairement à la disposition suivante du Code criminel.⁶²

Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité et de la peine du fouet, toute personne du sexe masculin qui a des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin

a) qui n'est pas son épouse, et

b) qui a moins de quatorze ans,

que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus.

Son procès eut lieu après l'entrée en vigueur de la Charte, dont l'article 7 dispose:

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 fondamentale.

En se fondant sur cette disposition, on a contesté la constitutionnalité de cette partie de l'article 146(1) qui dénie la défense d'erreur de fait quant à l'âge de la jeune fille. Pouvait-on invoquer la Charte, dans les circonstances, sans lui donner un effet rétroactif? À la majorité, la cour a jugé que l'application de la Charte aurait eu un effet rétroactif.

Analysée sous l'angle de la rétroactivité positive et de l'application du seul article 7, on pouvait prétendre qu'il n'y avait pas de rétroactivité dans les circonstances. Le présupposé correspondant à l'article 7, c'est, peut-on dire, l'atteinte ou la menace d'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Or, dans les circonstances, cette menace s'est produite au moment du procès, en raison du risque d'emprisonnement que celui-ci entraîne. C'est à ce moment-là qu'on a menacé de porter atteinte à la liberté de Stevens autrement qu'en respectant les principes de la justice fondamentale. Donc, l'application de l'article 7 dans les circonstances n'aurait pas été rétroactive puisqu'elle se serait fondée sur la survenance d'un fait survenu au procès et donc postérieur à l'entrée en vigueur de la Charte. Voilà, de manière très succincte, le point de vue exprimé dans l'opinion dissidente du juge Wilson.⁶³

Analysée, cette fois, sous l'angle de la rétroactivité négative, on pouvait fort bien soutenir que l'application de l'article 7, dans les circonstances, aurait remis en cause les effets déjà produits par l'application antérieure d'une règle autre que celle édictée à l'article 7, soit celle contenue à l'article 146(1) du Code criminel.⁶⁴ Cet article a comme

⁶² S.R.C. 1970, c. C-34, art. 146(1).

⁶³ Le juge Wilson écrit, *supra*, note 60, à la page 1167: "L'économie de l'article, me semble-t-il, milite à l'encontre de la protection d'un droit selon que la Charte est ou non en vigueur au moment où intervient l'acte de l'accusé. L'article semble plutôt indiquer le moment où on est sur le point de porter atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de quelqu'un. C'est la menace d'atteinte qui déclenche l'application de l'article 7. Nous devons donc demander si, au moment où il y a eu menace au droit à la liberté de l'accusé, cette atteinte était conforme aux principes de justice fondamentale." (Mots mis en italique par l'auteur).

⁶⁴ *Supra*, note 62.

présupposé une certaine conduite tenue par une personne. Ce présupposé s'était, dans les circonstances, réalisé avant l'entrée en vigueur de la Charte et il avait alors produit son effet: faire naître la responsabilité pénale de l'accusé. Cette responsabilité pénale ne pouvait, sans rétroactivité, être remise en cause par modification *a posteriori* d'un des éléments de l'infraction. Ce second point de vue rallia la majorité de la Cour suprême.

On peut donc considérer qu'il y a application rétroactive d'une loi nouvelle dans les deux hypothèses suivantes: soit que l'application de la loi nouvelle conduise à attacher des effets à un fait ou à un groupe de faits entièrement accomplis avant la promulgation de la loi nouvelle, soit que l'application de celle-ci porte atteinte aux effets attachés par une règle de droit à la survenance d'un fait ou d'un groupe de faits, du moment que ces faits sont survenus avant la promulgation de la loi nouvelle et que les effets atteints par la loi nouvelle se sont déjà produits à la date de la promulgation de celle-ci.

En conclusion sur cette question, voici les étapes de la démarche que ce texte propose de suivre pour juger du caractère rétroactif de l'application d'une loi.

(1) *La rétroactivité positive*

C'est la rétroactivité envisagée sous le rapport de la règle de droit nouvelle. Il faut d'abord déterminer le présupposé de la règle en question, puis vérifier la situation temporelle des faits, momentanés, durables ou successifs, qui réalisent ce présupposé dans le cas d'espèce.⁶⁵ Si ces faits sont effectivement survenus et s'ils se sont déroulés entièrement avant la promulgation de la loi, celle-ci ne peut s'y appliquer sans rétroactivité.

(2) *La rétroactivité négative*

C'est la rétroactivité envisagée sous le rapport de l'application antérieure d'une règle autre que la règle de droit nouvelle. Il faut vérifier si l'application de la loi nouvelle n'a pas pour effet de porter atteinte aux effets que des faits, survenus avant son entrée en vigueur, ont pu produire en application d'une autre règle de droit, notamment en application d'une règle supprimée par la nouvelle loi. À cette fin, il faut repérer la règle en question, en déterminer le présupposé, vérifier si les faits correspondant à ce présupposé se sont produits dans le cas d'espèce et, si c'est le cas, s'ils se sont produits entièrement avant la promulgation de la loi nouvelle. Si les faits correspondant au présupposé se sont, dans le cas d'espèce, effectivement produits avant la promulgation de la nouvelle loi, on donnera un effet rétroactif à cette dernière si on l'applique de manière à porter atteinte aux effets déjà produits par l'application d'une autre règle.

⁶⁵ On se reportera, sur cette question, à notre étude, *loc. cit.*, note 44.

Cette méthode n'est pas d'un maniement facile. En particulier, la détermination des éléments du présupposé d'une règle risque de soulever des problèmes.⁶⁶ Mais, à tout prendre, il s'agit là d'un reflet de la complexité même de la matière, réalité à laquelle on ne peut échapper. Cette complexité trouve d'ailleurs sa manifestation dans les difficultés que l'on peut avoir à concevoir nettement la nature de l'effet rétroactif.

B. *La nature de l'effet rétroactif*

Ce qui est fait est fait. Malgré l'opinion parfois exprimée, la loi rétroactive n'a pas d'emprise sur la réalité des faits survenus ou des conduites tenues avant sa promulgation. La loi rétroactive agit sur le droit. Elle prescrit qu'à compter de sa promulgation, sujets de droit et agents d'exécution du droit devront se comporter *comme si* le droit antérieur avait été, dans le passé, autre que ce qu'il fut effectivement. Dans la rétroactivité de la loi, il y a tout à la fois une illusion et une fiction.

(1) *L'illusion de la rétroactivité*

On désigne souvent la loi rétroactive comme une loi qui s'applique *ex post facto*, après le fait. L'expression se vérifie à double titre.

La loi rétroactive est édictée après le fait ou les faits dont elle prescrit le régime juridique. La chute d'un arbre, le décès d'une personne, un accord de volontés: autant de faits auxquels la loi peut rétroactivement attacher des effets juridiques. En outre, la règle de droit se définissant comme une règle de conduite, la survenance passée d'un fait a pu amener des personnes à adopter, en prévision ou en conséquence de ce fait, une conduite guidée, modelée par le droit alors en vigueur. La chute d'un arbre a pu donner lieu au paiement d'une somme d'argent à titre d'indemnité; la prévision du décès a pu donner lieu à une certaine planification successorale, et sa survenance, à une distribution particulière des biens du défunt; un accord de volontés a pu amener l'exécution de certaines prestations.

La loi, même rétroactive, ne saurait avoir de prise directe sur la survenance des faits et sur la tenue des conduites passées: seules lui appartiennent l'interprétation de ces faits et l'appréciation de ces conduites. Tout cela paraît tomber sous le sens. Et pourtant, à lire certains textes, on ne peut douter qu'il existe bel et bien une illusion de la réversibilité du temps et de la rétroactivité de la loi au sens propre du terme.

On doit probablement ranger parmi les causes de cette illusion le sens étymologique de "rétroactivité": la loi pourrait agir en arrière, remonter le cours du temps. Aussi à blâmer, sans doute, une conception mécaniciste du rapport entre la loi et les conduites humaines, selon laquelle la loi commanderait les conduites des personnes un peu comme le conducteur commande la conduite de sa voiture: la rétroactivité serait à la

⁶⁶ Héron en fait l'étude: *loc. cit.*, note 7, aux pp. 313 et ss.

loi ce que la marche arrière est à l'automobile. Les sujets de droit et les divers agents d'exécution de la loi sont cependant maîtres de leur propre conduite: si la loi influe sur celle-ci, ce n'est pas parce que cette conduite est commandée par des règles mais bien plutôt parce que ces personnes ont accepté (ce qu'elles ne font cependant pas toujours) de régler leur conduite sur les prescriptions du droit.⁶⁷

Doute-t-on de la réalité de l'illusion ici évoquée? En voici la manifestation dans un arrêt de la Cour suprême du Canada, *La Reine c. Ali*.⁶⁸ Le Code criminel canadien,⁶⁹ en vue de la lutte contre la conduite en état d'ébriété, organise une procédure d'administration de tests d'alcoolémie et, en prévision d'un éventuel procès, accorde valeur de preuve *prima facie* aux résultats d'analyse de l'haleine. Le dénommé Ali a été arrêté le 22 avril 1976 et, en conformité au droit alors en vigueur, les policiers l'ont sommé de fournir un seul échantillon de son haleine, ce qu'il a fait. L'analyse de l'échantillon a révélé un taux d'alcoolémie supérieur à quatre-vingts milligrammes d'alcool par millilitre de sang. Si Ali avait dû subir alors son procès, le certificat d'analyse de l'échantillon qu'il avait fourni aurait fait preuve, en l'absence de toute preuve contraire, du taux d'alcoolémie de son sang au moment de son arrestation.

Avant que le procès n'ait lieu, toutefois, entrent en vigueur, le 7 mai 1976, certaines modifications au Code criminel qui ont pour effet d'exiger que les analyses de l'haleine soient désormais établies sur le fondement de plus d'un échantillon. Les agents de la paix sont ainsi autorisés à exiger *les* échantillons nécessaires à l'analyse et non plus simplement *un* échantillon comme auparavant, et la personne doit, sous peine de sanctions, fournir *les* échantillons requis. Les dispositions de l'article 237 du Code qui établissent la force probante des résultats de l'analyse sont modifiées en conséquence: le certificat d'analyse ne fait preuve du taux d'alcoolémie que s'il se fonde sur l'analyse de plus d'un échantillon. Cet article allait-il s'appliquer à tous les procès postérieurs à son entrée en vigueur, et à celui de l'intimé Ali, en particulier? Voilà la question dont la Cour était saisie.

À la majorité, la Cour décida que la modification ne devait pas s'appliquer de manière à porter atteinte à l'effet du certificat d'analyse antérieurement établi. Les juges Cartwright et Estey, dissidents, auraient plutôt appliqué les nouvelles dispositions. Celles-ci ayant trait à la preuve du taux d'alcoolémie, elles concernent la "procédure" et non le "fond" et, de l'avis des dissidents, s'appliquent donc "rétroactivement". L'opinion majoritaire est exprimée par le juge Pratte. Le plan de son argu-

⁶⁷ Voir Amsselek, *op. cit.*, note 40, p. 52, note 88.

⁶⁸ [1980] 1 R.C.S. 221.

⁶⁹ *Supra*, note 62, art. 235, 236, 237; Loi de 1975 modifiant le Code criminel, 1974-75-76 (Can.), c. 93.

mentation est ingénieux: aux fins de la discussion, il admet que les nouvelles dispositions ont trait à la "procédure" et qu'il existe un principe voulant que les lois de procédure soient "rétroactives".⁷⁰ Toutefois, ajoute-t-il, cette règle "n'est pas absolue; il s'agit seulement d'un guide qui a pour but d'aider à découvrir la véritable intention du Parlement. . .".⁷¹ De différents indices qui constituent autant d'arguments contre la thèse de rétroactivité, le juge Pratte va déduire l'intention du législateur et conclure à la non-application des nouvelles dispositions.

Parmi les arguments invoqués au soutien de la conclusion de la majorité, on a la surprise de trouver le suivant:⁷²

De plus, il est manifeste que le nouvel art. 237 ne peut *en fait* s'appliquer rétroactivement. Lorsque l'on n'a prélevé qu'un seul échantillon d'haleine parce qu'on n'en a exigé qu'un seul et qu'on ne pouvait en exiger qu'un seul à ce moment-là, la loi ne peut rendre possible qu'on en ait prélevé deux.

La loi ne peut effectivement rendre possible qu'un personne ait agi autrement qu'elle a effectivement agi. Mais ce n'est pas là l'effet d'une loi rétroactive. Celle-ci ne s'en prend pas aux faits mais à leur interprétation; elle ne change pas les conduites passées mais seulement l'appréciation qu'on devra dorénavant en faire. Dans les circonstances de l'affaire *Ali*, une loi véritablement rétroactive aurait, à compter de son entrée en vigueur, commandé au juge de *considérer* que, le 22 avril 1976, les policiers auraient dû suivre les prescriptions des modifications entrées en vigueur le 7 mai 1976. Comme ils ne l'ont pas fait, la rétroactivité de la loi aurait conduit le juge à refuser de reconnaître une force probante à un certificat établi sur le fondement d'un seul échantillon.

La loi rétroactive ne change pas les faits: elle prescrit seulement de les considérer sous un nouveau jour. Elle parvient à ce résultat grâce à une fiction.

(2) *La fiction de la rétroactivité*

La loi rétroactive procède d'une fiction. On retrouve cette idée chez Roubier,⁷³ sous la plume d'un juge anglais⁷⁴ et d'un juge canadien,⁷⁵

⁷⁰ Cette concession était-elle justifiée? Les lois de procédure ne sont pas véritablement rétroactives: elles ont simplement un effet immédiat. Ici, on avait affaire à une preuve préconstituée, que seule une loi véritablement rétroactive pouvait atteindre. Voir P. Biron, L'effet dans le temps des lois sur la preuve (1987), 47 R. du B. 465, aux pp. 377 et ss.

⁷¹ *La Reine c. Ali*, *supra*, note 68, à la p. 235.

⁷² *Ibid.*, à la p. 239. (Mots mis en italique par l'auteur).

⁷³ *Op. cit.*, note 6, p. 10: ". . . une fiction de la préexistence de la loi."

⁷⁴ *West v. Gwynne*, [1911] 2 Ch. 1, à la p. 12 (C.A.) (j. Buckley): "If an Act provides that as at a past date the law shall be taken to have been that which it was not, that Act I understand to be retrospective."

⁷⁵ *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Le Ministre du Revenu national*, *supra*, note 22, à la p. 279 (j. Dickson): "L'article, tel que modifié par la disposition abrogative, ne

ainsi que dans la formule fréquemment employée par le rédacteur des lois de l'état fédéral canadien pour exprimer l'effet rétroactif.⁷⁶

Envisagée sous le rapport de ses effets, la loi rétroactive peut ainsi se définir: elle est une loi qui, sur le fondement d'une fiction de sa propre préexistence, prescrit, à compter de son entrée en vigueur, tant aux sujets de droit qu'aux agents d'exécution du droit, l'interprétation des faits accomplis et l'appréciation des conduites passées.

(a) *La nature de l'effet rétroactif: une fiction de la préexistence de la loi*

"Procédé qui consiste à supposer un fait ou une situation différente de la réalité pour en déduire des conséquences juridiques."⁷⁷ La loi rétroactive répond parfaitement à cette définition de la fiction en droit. En édictant une loi rétroactive, le législateur commande de "faire comme si" le droit, dans le passé, avait été autre qu'il ne fut effectivement.

Si la loi rétroactive institue une fiction, il ne faudrait toutefois pas croire pour autant qu'elle soit "fictive", par opposition à la loi non rétroactive, qui serait "réelle". L'une et l'autre s'analysent comme des constructions de l'esprit humain. La loi qui est rétroactive n'appartient ni plus ni moins au monde des idées que celle qui ne l'est pas.

(b) *La durée de l'effet rétroactif*

C'est uniquement à compter de l'entrée en vigueur de ses dispositions que la loi rétroactive impose sa vision du droit antérieur. Un jugement rendu la veille de l'entrée en vigueur d'une loi rétroactive doit, en théorie, ignorer totalement les prescriptions de celle-ci, car elles ne sont pas encore exécutoires.

Comme on l'a vu plus haut, il faut donc distinguer la *période d'observation de la loi* de la *période d'applicabilité de la loi*.⁷⁸ La première période s'étend de la promulgation de la loi à son abrogation: c'est uniquement pendant cette période que la loi rétroactive impose sa vision des faits et gestes passés. La seconde période court à compter d'un jour antérieur à la promulgation de la loi nouvelle, jour fixé par le législateur

visé pas les années d'imposition antérieures à la date de la modification; il ne cherche pas à s'immiscer dans le passé et ne prétend pas signifier qu'à une date antérieure, il faille considérer que le droit [*the law*] ou les droits des parties étaient ce qu'ils n'étaient pas alors." (Les mots anglais en italique sont les mots qui se trouvent dans le texte anglais du jugement).

⁷⁶ "L'article. . . est réputé être entré en vigueur le. . .". On verra, à titre d'exemple, la Loi modifiant la Loi sur la taxe d'accise et la Loi sur l'accise, S.C. 1985, c. 3, aa. 44 et ss.

⁷⁷ P. Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (1977), p. 778.

⁷⁸ Munzer, *loc. cit.*, note 4, à la p. 386, distingue "The period during which a law is valid. . ." et "The period for which a law is valid. . .".

comme point de départ de la rétroactivité,⁷⁹ jusqu'au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. C'est la période où se produisent les faits et où sont tenues les conduites que la règle rétroactive assujettit à un nouveau régime juridique.

(c) *Les destinataires de la loi rétroactive: les sujets de droit et les agents d'exécution de la loi*

En raison du fait qu'elle est promulguée après que les sujets de droit ont agi sur la foi d'une règle ancienne, on peut être tenté d'en conclure que la loi rétroactive ne peut avoir pour destinataires les sujets de droit eux-mêmes et qu'elle s'adresse exclusivement aux divers agents d'exécution de la loi, aux juges en particulier, en leur commandant de juger, dans l'avenir, la conduite des sujets de droit autrement qu'ils ne l'auraient fait auparavant.

Cette conception, que Munzer appelle "*changed response theory*",⁸⁰ doit être écartée. La loi rétroactive, sauf le cas d'une simple refonte, change effectivement le régime juridique d'un fait accompli, et ce changement vaut à l'égard de tous ceux que la règle nouvelle intéresse. Il ne faut pas oublier que la règle de droit n'a pas pour seule fonction de guider *a priori* des conduites: elle constitue aussi, comme l'étymologie des termes "règle" ou "norme" le révèle,⁸¹ un instrument de mesure des conduites, utilisable *a posteriori*. Lorsque le législateur prescrit que tel contrat, nul au moment où s'est fait l'accord de volonté, doit dorénavant être réputé valide, il s'adresse, semble-t-il, d'abord et avant tout aux parties elles-mêmes, auxquelles il prescrit de considérer leurs faits et gestes passés sous un nouveau jour et d'ajuster leur conduite future en conséquence.

Dès sa promulgation, la loi rétroactive prescrit également la conduite que doivent dorénavant tenir, en rapport avec les faits et les conduites passés, les personnes chargées d'appliquer la loi. Sans entrer dans l'étude détaillée des relations complexes qui s'établissent, en droit anglo-canadien, entre la loi nouvelle et le litige, on peut avancer qu'en règle générale, et

⁷⁹ Ce moment peut être défini ou indéfini. Il n'est pas nécessaire, en effet, que le texte fixe un moment précis dans le passé à compter duquel il sera applicable. Le loi peut, par exemple, prescrire qu'elle s'appliquera à l'égard de faits accomplis avant son entrée en vigueur, sans plus de précisions.

⁸⁰ *Loc. cit.*, note 4, à la p. 379: "Still another way of approaching retroactive law is to see it as *merely* altering the instructions given to legal officials regarding things that happened in the past."

⁸¹ "... les deux termes (règle et norme) sont rigoureusement synonymes et interchangeables; ils ont, du reste, connu historiquement le même itinéraire, désignant l'un et l'autre à l'origine, dans les langues grecque ou latine, des instruments matériels (des équerres ou des tiges rectilignes) servant de témoin pour le tracé de lignes droites ou d'angles droits, puis par extension des outils purement mentaux fixant des lignes de conduite à suivre." P. Amselek, *L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenman* (1987), 32 *Arch. phil. dr.*, à la p. 318.

sauf indication contraire, la loi rétroactive est réputée être applicable dans les jugements prononcés après son entrée en vigueur, même s'il s'agit de jugements concernant des affaires pendantes au moment de sa promulgation: il n'est pas nécessaire que cela soit expressément prévu.⁸² Par contre, on exigera un texte absolument formel pour conférer à une loi rétroactive l'effet de porter atteinte à un jugement passé en chose jugée.⁸³

(d) *L'objet de la loi rétroactive: l'interprétation des faits accomplis et l'appréciation des conduites passées*

La règle de droit constitue tout à la fois un outil d'interprétation des faits et un instrument de mesure des conduites. La loi rétroactive a pour objet, lorsqu'elle remplace une règle de droit par une autre règle de droit, d'imposer une nouvelle interprétation des faits accomplis et une nouvelle appréciation des conduites passées. Elle peut, dans la mesure où elle modifie le droit, commander de jeter un nouveau regard sur les faits accomplis ainsi que sur les conduites qu'on a tenues en rapport avec ces faits.

La norme juridique constitue, selon l'expression de Hans Kelsen, un "schéma d'interprétation" des faits.⁸⁴ La norme juridique donne aux faits leur signification juridique, elle détermine leur lecture, leur interprétation. Une personne tue-t-elle une autre personne, il s'agit là d'un fait "brut" que le droit peut interpréter de diverses manières: exécution de la peine capitale, meurtre, homicide, euthanasie, etc.

Imaginons qu'une personne ayant fait l'acquisition d'un analyseur d'haleine demande à un de ses convives, qui s'apprête à quitter son domicile et qui semble en état d'ébriété, de se prêter à l'alcootest. Cette demande, adressée par un particulier à un autre particulier, constitue un fait auquel le droit n'attacherait pas, sauf circonstances particulières, une signification intrinsèque: en elles-mêmes, ces paroles n'ont pas de conséquence juridique nécessaire; elles sont en principe juridiquement insignifiantes.

Par contre, une demande identique adressée par un agent de la paix à un automobiliste constitue, en vertu d'une règle de droit criminel, un fait juridique, c'est-à-dire dont la survenance impose une obligation à l'automobiliste: il doit, sous peine de sanction pénale, donner suite à la demande. Une loi subséquente, qui aurait l'effet de transformer ce fait juridique en fait non juridique, c'est-à-dire en fait privé de conséquences juridiques, agirait sur l'interprétation d'un fait accompli, elle en ordonnerait une réinterprétation, elle changerait sa signification juridique.

⁸² *Zainal bin Hashim v. Government of Malaya*, [1980] A.C. 734, [1979] 3 All E.R. 241 (P.C.).

⁸³ *Kelwood Corporation Ltd. v. City of Calgary*, [1971] 5 W.W.R. 177 (Alta. S.C.).

⁸⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (2e éd., 1962), p. 4.

La règle de droit établit la signification des faits dans un but d'action sur la conduite des personnes. L'automobiliste à qui l'agent de la paix demande un échantillon d'haleine trouvera, dans la règle de droit, une directive concernant la conduite que le droit exige de lui. Guide de la conduite, la règle de droit sert aussi à l'appréciation de la conduite. Tel automobiliste, qui aura acquiescé à la demande du policier, sera jugé s'être comporté de façon conforme au droit. Tel autre, au contraire, qui aura refusé d'obtempérer, sera réputé avoir agi de façon contraire au droit et pourra faire l'objet de sanctions. La règle de droit sert donc également à apprécier les conduites tenues en rapport avec les faits auxquels la règle donne une signification juridique.

La loi rétroactive, dans la mesure où elle est promulguée après que certaines conduites ont été tenues, ne saurait en général s'envisager comme fournissant un guide de ces conduites: tout au plus peut-elle servir alors à les apprécier après coup. Il arrive cependant souvent que l'éventualité de l'édiction d'une loi rétroactive soit connue à l'avance.⁸⁵ Lorsque c'est le cas, les particuliers se trouvent enfermés dans un dilemme. Ou bien ils continuent de respecter la règle alors exécutoire, mais menacée d'abrogation rétroactive, et courent ainsi le risque que leur conduite soit un jour appréciée à partir de la règle nouvelle rétroactive; ou bien, respectant par anticipation la loi rétroactive, ils ajustent immédiatement leur conduite aux exigences de celle-ci, et alors prennent le risque que la règle annoncée ne soit pas adoptée, ou, ce qui est plus fréquent, qu'elle ne soit pas adoptée entièrement dans la forme annoncée.

Lorsque la loi est modifiée de façon rétroactive, une même conduite se trouve en quelque sorte successivement assujettie à deux règles. L'une, celle qui était exécutoire dans le passé et qui aurait dû guider la conduite; l'autre, que promulgue la loi rétroactive, et qui sert à l'appréciation de la conduite. Il s'agit là d'une situation évidemment anormale. Par l'application à une même conduite d'une double règle, le droit fait preuve de duplicité, il affiche un manque de droiture. La rétroactivité légale, dont l'usage peut sans doute se justifier dans certaines circonstances, doit néanmoins rester exceptionnelle, car la duplicité des règles engendre la défiance envers le droit. La rétroactivité constitue un procédé dont l'abus risque de compromettre la fonction éthique du droit, sa fonction de direction des conduites.

Lorsque la loi rétroactive conduit à la réinterprétation de faits accomplis et à la réévaluation de conduites passées, il faut que les sujets de droit et les organes d'application du droit en tirent les conséquences. Si tel contrat, valide lors de sa conclusion, est réputé invalide par la pro-

⁸⁵ C'est en particulier le cas en matière de changements à la législation fiscale. Pour assurer l'efficacité du changement, les nouvelles mesures fiscales sont fréquemment rendues applicables rétroactivement au jour où leur teneur a été rendue publique.

mulgation d'une loi rétroactive, l'exécution antérieure du contrat se trouve compromise: les actes posés par les parties en exécution du contrat sont désormais dépourvus de fondements et il faut procéder à une remise en l'état. Inversement, un règlement qui augmente un traitement avec effet rétroactif oblige l'employeur à verser les sommes qu'il est désormais réputé avoir dû payer dans le passé.

Il est cependant possible au législateur de limiter l'ampleur de la remise en cause du passé qui est inhérente à l'édiction d'une loi rétroactive. Rien ne s'oppose, par exemple, à ce qu'une loi dont l'application porte atteinte à la validité d'un contrat contienne une disposition préservant certains des effets passés du contrat en question. On aurait alors affaire, selon l'expression de Roubier, à une instance de "rétroactivité tempérée".⁸⁶

Conclusions

Ce texte avait pour but d'apporter à l'élaboration d'une théorie de la rétroactivité des lois une contribution portant à la fois sur les aspects terminologiques et sur les aspects conceptuels de la question. Sans doute ne serait-il pas inutile, en terminant, de récapituler les principales réflexions et propositions qui se dégagent de cette étude.

- (1) Dans l'analyse de l'application de la loi dans le temps, on a intérêt à distinguer l'effet de l'adoption d'une disposition législative de l'effet des règles de droit qui résultent de l'adoption de cette disposition. C'est sur l'effet des règles de droit elles-mêmes que l'attention doit se porter.
- (2) On doit également distinguer la période d'observation d'une loi de sa période d'applicabilité.
- (3) On a intérêt à réserver l'appellation de loi rétroactive à la loi édictée *ex post facto* et, en particulier, à éviter de qualifier une loi de rétroactive pour le seul motif qu'elle peut porter atteinte à des droits acquis.
- (4) Il est recommandé, pour l'analyse de l'application dans le temps des règles de droit, de dégager le présupposé de la règle dont l'application est en cause, et d'établir la position temporelle des faits qui, dans les circonstances, réalisent ce présupposé.
- (5) Une loi a effet rétroactif lorsqu'elle prescrit le régime juridique d'un fait ou d'un groupe de faits entièrement accomplis avant sa promulgation. Une loi prescrit le régime juridique de faits accomplis soit de manière positive, en attachant des effets juridiques à ces faits, soit de manière négative, en portant atteinte aux effets antérieurement produits par ces faits.

⁸⁶ *Op. cit.*, note 6, p. 290.

- (6) Il n'est pas du pouvoir de la loi de remonter le cours du temps: la rétroactivité de la loi, au sens propre du mot, est une illusion. La loi peut toutefois commander que l'on agisse, dans l'avenir, comme si le droit avait été, dans le passé, autre qu'il ne fut effectivement. La loi rétroactive a donc le caractère d'une fiction.
- (7) Sauf le cas où la loi rétroactive ne modifie pas le droit, elle a pour effet de prescrire une nouvelle interprétation des faits passés et une nouvelle appréciation des conduites tenues en rapport avec ces faits.