

La rétroactivité d'une loi à caractère criminel

Antoine Manganas

Volume 21, Number 1, 1980

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042370ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042370ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Manganas, A. (1980). La rétroactivité d'une loi à caractère criminel. *Les Cahiers de droit*, 21(1), 189–200. <https://doi.org/10.7202/042370ar>

Article abstract

The present study deals with two particular aspects of the problem of retrospective operation of criminal statutes.

The principle of the retrospective operation of a procedural statute, as will be seen first, bears some exceptions. S. 36 of the *Interpretation Act* in particular prescribes that the retrospective operation of procedural enactments takes place only to the extent that the new rules of procedure may be adapted to proceedings taken before the new rules came into effect (*R. v. Mustapha Ali*).

Yet, as will be seen subsequently, it is often very difficult to distinguish between an enactment of substantive nature and one of procedural nature in order to give a retrospective operation to the latter only. This difficulty arose particularly after the modifications of the Criminal Code concerning the offence of driving a motor vehicle with more than a specified proportion of alcohol in the blood (*R. v. Johnston*).

After a brief discussion of those two cases, the author suggests that it is the duty of the legislator to indicate in clear terms what the retrospective operation of a new statute will be, in order to avoid many problems of interpretation.

Chronique de jurisprudence

La rétroactivité d'une loi à caractère criminel

Antoine MANGANAS *

R. v. Mustapha Ali,
C.S.C., 14 juin 1979

R. v. Johnston,
(1978) 39 C.C.C. (2d) 479 (C.S.C.)

The present study deals with two particular aspects of the problem of retrospective operation of criminal statutes.

The principle of the retrospective operation of a procedural statute, as will be seen first, bears some exceptions. S. 36 of the Interpretation Act in particular prescribes that the retrospective operation of procedural enactments takes place only to the extent that the new rules of procedure may be adapted to proceedings taken before the new rules came into effect (R. v. Mustapha Ali).

Yet, as will be seen subsequently, it is often very difficult to distinguish between an enactment of substantive nature and one of procedural nature in order to give a retrospective operation to the latter only. This difficulty arose particularly after the modifications of the Criminal Code concerning the offence of driving a motor vehicle with more than a specified proportion of alcohol in the blood (R. v. Johnston).

After a brief discussion of those two cases, the author suggests that it is the duty of the legislator to indicate in clear terms what the retrospective operation of a new statute will be, in order to avoid many problems of interpretation.

	<i>Pages</i>
Introduction	189
1. Le principe de la non-rétroactivité d'une loi criminelle	190
2. Exceptions au principe de la rétroactivité d'une loi de procédure ou de preuve. . . .	192
3. Difficulté de distinguer entre une loi substantive et une loi procédurale	195
Conclusion	200

Introduction

Le principe de la légalité des délits et des peines en droit pénal comprend comme corollaire le principe de la non-rétroactivité d'une loi créant une

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

infraction ou imposant une peine. Il est effectivement choquant de punir de façon plus sévère un individu qui, au moment de l'accomplissement de son acte, n'était pas en mesure de savoir qu'une nouvelle loi plus rigoureuse allait être mise en vigueur avant son jugement. Ce principe n'est cependant pas absolu. En effet si une loi criminelle substantive n'a pas d'effet rétroactif, par contre une loi de procédure ou de preuve normalement aura cet effet, étant donné qu'elle vise une meilleure administration de la justice¹. Exceptionnellement, comme nous allons voir, il peut arriver qu'une loi de procédure ou de preuve n'ait pas d'effet rétroactif.

1. Le principe de la non-rétroactivité d'une loi criminelle

Lorsqu'une loi criminelle appartient au droit substantif elle ne peut pas en principe s'appliquer rétroactivement, sauf lorsque le législateur y pourvoit expressément².

-
1. Dans *Hum Bing You v. Séguin*, (1926) 40 B.R. 414, un Chinois attendait sa déportation après avoir purgé sa peine suite à une condamnation en vertu de la *Loi sur les stupéfiants*. Une nouvelle loi entre en vigueur qui édicte que désormais ce sera le ministère de l'Immigration et non le ministère de la Justice qui émettra l'ordre de déportation. La personne en question a prétendu que la nouvelle loi ne pouvait pas prévaloir contre lui car elle ne pouvait pas avoir un effet rétroactif. Il a été décidé que l'émission d'un ordre de déportation constituait une question procédurale, vu que le sort de la personne était déjà réglé. Voir aussi *R. v. McGregor*, (1978) 39 C.C.C. (2d) 401 à la p. 405: « I recognize that amendments altering procedure are generally taken to be retrospective in operation ». Ce principe a été reconnu lorsqu'il s'agit de l'abrogation d'un texte de loi et de son remplacement par un nouveau texte par la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, c. I-23 qui mentionne :
36. Lorsqu'un texte législatif (au présent article appelé « texte antérieur ») est abrogé et qu'un autre texte législatif (au présent article appelé « nouveau texte ») y est substitué, [...]
- c) toutes les procédures prises aux termes du texte antérieur sont reprises et continuées aux termes et en conformité du nouveau texte, dans la mesure où la chose peut se faire conformément à ce dernier;
 - d) la procédure établie par le nouveau texte doit être suivie, autant qu'elle peut y être adaptée, dans le recouvrement ou l'imposition des peines et confiscations encourues et pour faire valoir des droits existant ou naissant aux termes du texte antérieur, ou dans toute procédure concernant des choses survenues avant l'abrogation.
2. Tel est le cas, par exemple, de la *Loi prévoyant des pouvoirs d'urgence provisoires pour le maintien de l'ordre public au Canada*, S.C. 1970-71-72, c. 2, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1970 et qui a abrogé expressément certains articles de la *Loi sur les mesures de guerre*, S.R.C. 1952, c. 288 et les a remplacés par des nouveaux articles. On pouvait ainsi lire dans l'art. 14 de la *Loi pour le maintien de l'ordre public*: « [...] une enquête, une procédure, un autre acte ou une autre chose intentés, commencés ou faits sous l'autorité ou soi-disant sous l'autorité de ce règlement sont censés avoir été intentés, commencés ou faits sous l'autorité ou soi-disant sous l'autorité de la présente loi et comme si la présente loi était entrée en vigueur le 16 octobre 1970 ». Dans *Gagnon et Vallières v. R.*, [1971] C.A.

Perhaps no rule of construction is more firmly established than this — that a retrospective operation is not to be given to a statute so as to impair an existing right or obligation, otherwise than as regards matter of procedure, unless that effect cannot be avoided without doing violence to the language of the enactment. If the enactment is expressed in language which is fairly capable of either interpretation, it ought to be construed as prospective only.³

Au contraire lorsqu'un texte de loi criminelle vise une meilleure administration de la justice en modifiant certaines règles de procédure ou de preuve, il pourra en principe s'appliquer rétroactivement.

Un cas illustrant bien cette distinction au niveau de l'application rétroactive entre une loi substantive et une loi de procédure ou de preuve est la cause *R. v. Demeter*⁴, dont voici les faits: durant le procès de Demeter pour le meurtre de son épouse, la Couronne a essayé d'introduire comme preuve certains enregistrements téléphoniques incriminant le prévenu. L'écoute électronique, d'une durée de 6 mois, avait été effectuée avant les nouvelles dispositions du Code criminel sur les interceptions illégales des communications privées⁵. À cette époque l'autorisation d'un chef de police était suffisante, tandis que la nouvelle législation exige désormais l'autorisation d'un juge pour effectuer légalement l'interception⁶. L'accusé prétendait à son procès que l'interception était illégale en l'absence d'une autorisation judiciaire et que par conséquent elle ne devrait pas être admise en preuve⁷. Le juge Grant de la *High Court* de l'Ontario, lors d'un voir-dire, estima que, comme l'art. 178.11(1) C.cr. crée l'infraction d'interception illégale des communications, il ne peut pas avoir une application rétroactive⁸. Au contraire l'art. 178.16(1) C.cr., étant une disposition de preuve, peut s'appliquer rétroactivement⁹. Mais étant donné l'étroite liaison entre ces deux articles et vu qu'il ne s'agissait pas d'une interception illégale, il accepta ce moyen de preuve.

454, les accusés prétendaient que la *Loi pour le maintien de l'ordre public* ne pouvait pas s'appliquer à cause de son caractère nettement rétroactif. Le juge Brossard leur a répondu à la p. 462 du jugement, «[...] qu'une loi peut être rétroactive à la condition de l'être clairement et que le législateur souverain peut recourir à la rétroactivité lorsqu'il le juge nécessaire pour prévenir ou mettre fin à ce qu'il considère un danger ou une source d'injustice».

3. MAXWELL, *On the Interpretation of Statutes*, 12^e éd., London, Sweet and Maxwell, 1962, p. 205.
4. (1975) 19 C.C.C. (2d) 321. L'accusé s'est porté en appel sous d'autres motifs. Son appel a été rejeté par la Cour d'appel: (1976) 10 O.R. 321, et par la Cour suprême: (1977) 16 N.R. 47.
5. *Loi sur la protection de la vie privée*, S.C. 1973-74, c. 50, art. 2.
6. Art. 178.12(1) C.cr.
7. Art. 178.16(1) C.cr.
8. *R. v. Demeter*, *supra*, note 4, p. 327.
9. *Ibid.*, « Enactments which deal with the admissibility of evidence are considered to be in the nature of procedure ».

2. Exceptions au principe de la rétroactivité d'une loi de procédure ou de preuve

Le principe qui veut qu'une loi de procédure ou de preuve puisse s'appliquer rétroactivement n'est pas absolu.

Le Code criminel canadien a reçu d'importantes modifications en 1976 au niveau des infractions touchant la conduite avec facultés affaiblies¹⁰. L'art. 237 (1) C.cr., entre autres, prévoit désormais que si la Couronne veut bénéficier de la présomption concernant le taux d'alcoolémie dans le sang du prévenu au moment de l'infraction, elle doit présenter deux (2) tests d'ivressomètre conformément à l'art. 237(1)c) C.cr.¹¹, et ce contrairement à l'ancien texte qui prévoyait l'usage d'un test seulement¹². La nouvelle législation qui est entrée en vigueur le 7 mai 1976 a créé le problème suivant : si le prévenu a commis l'infraction avant la nouvelle loi, combien de tests la Couronne devrait-elle présenter au procès qui a lieu après la mise en vigueur de cette même loi pour pouvoir bénéficier de la présomption de l'art. 237(1)c) C.cr. ?

Dans une première cause devant la Cour suprême de l'Alberta, le juge Moshansky, sur un appel de la Couronne par voie d'exposé de cause, a jugé que les amendements apportés au texte de l'art. 237(1) C.cr., visaient l'administration de la preuve, n'affectaient pas le droit substantif et par conséquent pouvaient avoir une application rétroactive et immédiate¹³ :

The new Code section requires an additional breath sample to be taken and it relates to the evidence which the Crown must adduce in order to secure a conviction under the section. The Crown has not lost a right of action thereby, as it contends. It still has the right to call viva voce evidence at the trial of this matter with respect to any or all of the breath samples taken.

[.....]

Accordingly, I hold that the amendment relates to a matter of procedure and is retrospective in effect. The enactment is to take effect immediately and should the Crown, as in this case, not submit sufficient proof, when choosing to avail itself of the procedure under s. 237, that is by only tendering a certificate of analysis of one breath sample, then it is faced with the situation, as it would in any case, of not having proven a matter particularly essential to its case.¹⁴

La Couronne dans cette cause avait prétendu sans succès qu'il y avait un problème d'adaptation de l'ancienne procédure à la nouvelle exigée par

10. *Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1974-75-76, c. 93, arts 15, 16, 17 et 18.

11. Ce même article mentionne les conditions qui doivent être remplies pour la validité de cette preuve.

12. Sur l'obligation qui existe de présenter 2 tests, voir *R. v. Noble*, [1978] 1 R.C.S. 632.

13. *R. v. Mohns*, (1977) 34 C.C.C. (2d) 281, à la p. 286, écartée par *R. v. Bourassa*, (1978) 38 C.C.C. (2d) 110.

14. *Ibid.*, à la p. 286.

l'amendement. Elle invoquait en outre l'art. 36d) de la *Loi d'interprétation*¹⁵.

Même si la position adoptée par la Cour suprême de l'Alberta était la plus favorable pour l'accusé, nous ne pouvons pas nier qu'elle créait un problème sérieux. En appliquant l'art. 237(1)c) C.cr. de façon rétroactive, on se trouvait face à un vide juridique. Pendant la période où le nouvel article 237 était supposé s'appliquer rétroactivement, d'une part l'ancien texte ne pouvait pas s'appliquer *de jure* et d'autre part le nouveau texte ne pouvait pas s'appliquer *de facto* vu qu'il n'était plus possible pour la Couronne d'obtenir les deux tests.

La Cour suprême du Canada, dans un jugement en date du 14 juin 1979, a rétabli la situation¹⁶. Mustapha Ali était accusé en vertu de l'art. 236 C.cr. d'avoir eu la garde d'une auto avec un taux d'alcoolémie dépassant les 80 milligrammes d'alcool dans les 100 millilitres de sang. Le test fut passé le 22 avril 1976, et la nouvelle loi exigeant 2 tests est entrée en vigueur le 7 mai 1976. Le juge de première instance, n'acceptant pas l'application rétroactive du nouvel article, avait condamné l'accusé. Le juge Pratte, en prononçant le jugement majoritaire de la Cour suprême, précisa d'abord que l'infraction avait eu lieu avant l'entrée en vigueur des nouveaux amendements¹⁷. Il

15. *Supra*, note 1.

16. *R. v. Mustapha Ali*, jugement du 14 juin 1979 non encore publié. La cause de *Mohs*, *supra*, note 13, était déjà écartée par *R. v. Bourassa*, (1978) 38 C.C.C. (2d) 110, suivie par *R. v. Mc Gregor*, (1978) 39 C.C.C. (2d) 401.

17. Il faut ajouter cependant qu'au moment de la mise en accusation et du procès ces amendements étaient déjà entrés en vigueur. C'est le reproche que fait le juge Ritchie, dissident dans *R. v. Mustapha Ali*, *supra*, note 16: « The rules of evidence respecting the effect to be given to such a certificate as constituting *prima facie* proof of its contents had, however, been amended three months before the trial commenced and a year before it was concluded. [...] The proposed amendment had received Royal Assent on March 30th, 1976, but it was not proclaimed until May 7, 1976, and it is therefore apparent that the Crown was alerted to the nature of the impending amendment at the time when the offence was allegedly committed on April. [...] It is obvious that in the view of Parliament, the exposure of the citizen to conviction of a serious criminal offence should not be based on the risks of error flowing from a single test. Rather it was Parliament's view that a double sampling was necessary to complete the process of conviction. This Parliament had announced in the form of an effective law prior to the laying of the charge against the respondent. Thus the prosecution, in proving the charge, must conform to the statute as it existed at the time the charge was laid. Otherwise the accused is not, in the view of Parliament, to be found guilty of the offence as charged. Against this clear result brought about by the action of Parliament prior to the laying of the charge against the appellant, the subtleties of the *Interpretation Act* provisions relating to repealed and amended statutes are of no avail. The guilt or innocence of the accused under these circumstances must flow directly from the plain meaning of the Code provision as it existed when the prosecution laid the charge. Different considerations might well apply if the charge in the present case had been laid before the date of the amendment, but as

poursuivit en disant que le principe de l'application rétroactive des règles de procédure n'était pas absolu mais constituait seulement un guide dans la recherche de l'intention du législateur qui doit rester l'objectif principal dans l'interprétation des lois. Or, l'art. 237 C.cr. est étroitement lié à un autre article qui touche le droit substantif. Il s'agit de l'art. 235 C.cr. qui présente comme une infraction le fait de refuser d'obtempérer à la demande d'un policier pour obtenir 2 tests¹⁸. L'art. 235 C.cr. ne peut pas s'appliquer rétroactivement, étant donné qu'avant son entrée en vigueur une personne qui refusait de fournir un deuxième échantillon ne commettait pas une infraction, contrairement à la solution du droit actuel. Et comme l'art. 237(1)c) C.cr. s'applique aux tests exigés en vertu de l'art. 235, le premier article ne pourrait pas avoir une application différente du second¹⁹. En appliquant l'art. 237(1)c) de façon rétroactive on crée une situation absurde en exigeant de la part de la Couronne qu'elle fournisse au procès deux tests lorsque, au moment de la commission de l'infraction, elle ne pouvait pas les obtenir légalement²⁰.

L'argument le plus important en faveur du point de vue que la règle de la rétroactivité d'une loi de procédure n'est pas absolue est constitué par l'art. 36 d) de la *Loi d'interprétation*²¹ :

This statutory rule of construction is a modification of the common law rule; it imposes restrictions on what would otherwise be the retrospective operation, in the absence of any contrary intent, of procedural statutes. It prescribes that the retrospective operation of procedural enactments shall not be absolute, but will take place only to the extent that the new rules of procedure may be adapted to the proceedings taken in respect of the matter that has occurred before the new rules came into effect; this clearly means that the new procedure shall not apply retrospectively if or to the extent that it cannot be adapted. Here the new s. 237

I have pointed out, the information was in fact not laid until three weeks after the amendment had been proclaimed and this circumstance, in my view, serves to distinguish the present case from that of *R. v. MacGregor* which in turn was based on the case of *R. v. Bourassa*, (1978) 38 C.C.C. (2d) 110. »

18. Cette étroite liaison entre les art. 235, 236 et 237 avait déjà été reconnue par la Cour dans *R. v. McGregor*, (1978) 39 C.C.C. (2d) 401, à la p. 406 : « What must be recognized is that ss. 235, 236, and 237 are linked together in what, at the time of their original enactment, was a new statutory offence for which a new statutory means of proof was provided, all in the public interest ».
19. *Ibid.*
20. Voir *R. v. Bourassa*, (1978) 38 C.C.C. (2d) 110, à la p. 111 : « To decide that the new amendment of s. 237(1)(c) and (f) is retrospective would result in many prosecutions under the old section now being impossible. If Parliament had intended to say that offences which occurred before the amendment were no longer proven by the former procedure, such would have been said. » Voir aussi *R. v. LeSarge*, (1975) 26 C.C.C. (2d) 388.
21. S.R.C. 1970, c. I-23. La Couronne avait déjà invoqué cet argument sans succès dans la cause *R. v. Mohns*, précitée, *supra*, note 13.

requires two samples of breath while the old s. 237 allowed for only one. Clearly, the new procedure cannot be adapted; [...] Section 36 thus constitutes, in my opinion, an insurmountable obstacle to the conclusion reached by the Court of Appeal.²²

Le juge Pratte ajoute que, par le biais de l'art. 35b) et e) de la *Loi d'interprétation*²³, les procédures devraient se poursuivre comme si l'ancien texte n'avait pas été abrogé.

La conclusion qui se dégage donc de l'arrêt *R. v. Mustapha Ali*²⁴ est que le principe de *common law* qui veut qu'une loi de procédure ou de preuve ait une application rétroactive n'est pas absolu ; il s'applique dans la mesure où la nouvelle loi peut s'adapter dans les circonstances de la cause sans créer des vides juridiques ou des situations absurdes.

Mais est-il toujours possible de distinguer entre une loi de procédure ou de preuve et une loi substantive ?

3. Difficulté de distinguer entre une loi substantive et une loi procédurale

Le 5 février 1977, Jean-Robert D. est arrêté au volant de sa voiture. Les policiers lui font passer l'alcootest qui s'avère positif. Avant son procès fixé pour le 19 avril 1977, sur une accusation en vertu de l'art. 236 C.cr., la Couronne lui avait signifié un avis de récidive l'informant qu'elle avait l'intention de considérer l'infraction du 5 février comme une deuxième infraction, vu que Jean-Robert avait déjà été déclaré coupable d'une infraction similaire le 20 avril 1976²⁵. Cependant, la loi qui prévoyait que la récidive serait punie plus sévèrement était entrée en vigueur le 26 avril 1976, soit 6 jours après la première condamnation.

22. *R. v. Mustapha Ali*, *supra*, note 16.

23. S.R.C. 1970, c. 1-23. L'art. 35 de la *Loi sur l'interprétation* se lit comme suit en partie :

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 ;

[...]

e) n'a pas d'effet sur une enquête, une procédure judiciaire ou un recours concernant de semblables droit, privilège, obligation, responsabilité, peine, confiscation ou punition ;

[...]

et une enquête, une procédure judiciaire ou un recours prévu à l'alinéa e) peut être commencé, continué ou mis à exécution, et la peine, la confiscation ou la punition peut être infligée comme si le texte législatif n'avait pas été ainsi abrogé.

24. *Supra*, note 16.

25. L'art. 236(1) C.cr., tel qu'amendé par la *Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1974-75-76, c. 93, art. 17, prévoit une peine obligatoire de 14 jours d'emprisonnement pour une deuxième infraction et un emprisonnement de 3 mois à 2 ans pour toute infraction subséquente.

Le problème que le juge Gilles Charest avait à résoudre n'était pas facile²⁶. Il s'agissait de déterminer si on pouvait considérer comme première ou deuxième infraction une infraction commise avant la mise en vigueur de l'article 236(1) C.cr. tel qu'amendé. Il a opté pour la solution la plus favorable au prévenu en estimant qu'il s'agissait d'une disposition substantive. Voici les raisons données par le juge :

Si j'admettais l'effet rétroactif de l'article 236(1) b), j'admettrais du même coup les conséquences de cette rétroactivité; en effet, admettre la rétroactivité, serait sans aucun doute entraîner des *conséquences punitives*²⁷ plus sévères et plus rigoureuses découlant de la première infraction du 20 avril 1976.

Il est certain qu'à toutes fins pratiques, en admettant la rétroactivité, le prévenu se trouverait à être doublement pénalisé pour la première infraction; au moment où il a été trouvé coupable le 20 avril 1976, le prévenu a reçu, par décision du tribunal, une peine et à bon droit, à cette époque il était bien fondé de prendre pour acquis qu'une plus forte peine ne pouvait pas lui être obligatoirement et statutairement imposée s'il récidivait. S'il est vrai que nul n'est censé ignorer la loi, le prévenu, lorsqu'il a été condamné le 20 avril 1976, était en mesure d'apprécier la limite des conséquences punitives de l'infraction qu'il avait commise alors.

Admettre la rétroactivité des dispositions de l'article 236(1) b), serait du même coup admettre une autre conséquence importante, savoir que l'on pourrait invoquer sur une période de plusieurs années antérieures, toute infraction semblable à l'article 236, qu'un prévenu aurait pu commettre et pour laquelle il aurait été trouvé ou plaidé coupable; on pourrait de ce fait remonter aussi loin qu'à la première année de la mise en vigueur de l'article 236.

En outre le juge devait invoquer le fait que le législateur n'avait pas clairement exprimé son intention en faveur d'une application rétroactive. En rejetant aussi l'avis de récidive, le juge approuvait la cause *R. v. Tod*²⁸, qui allait dans le même sens, tout en étant conscient qu'il existait une autre décision de la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest allant dans un sens opposé²⁹. C'est justement cette dernière décision qui a été confirmée par la Cour suprême du Canada³⁰. Dans *R. v. Johnston*³¹, l'avocat du prévenu avait prétendu que la modification apportée à l'article 236(1) C.cr. touchait la substance du droit et non la procédure. Le tribunal a cependant estimé que la condamnation antérieure à la mise en vigueur de l'art. 236(1) C.cr. « [...] remains as an unaltered fact. Nothing has been added to nor taken away

26. *R. v. Deneault*, jugement de la Cour municipale de Lauzon prononcé le 17 mai 1977 (no 6).

27. Souligné dans le texte du jugement.

28. (1977) 34 C.C.C. (2d) 238 (B.C.C.A.).

29. *R. v. Johnston*, (1977) 34 C.C.C. (2d) 325; voir aussi *R. v. Moulton*, (1977) 37 C.C.C. (2d) 43;

R. v. Lavergne, Jugement de la Cour municipale de Montréal prononcé le 8 juin 1978 (16-17453).

30. *R. v. Johnston*, (1978) 39 C.C.C. (2d) 479.

31. *Supra*, note 29.

from that offence or its penalty »³². Les juges ont en effet estimé que même si les pénalités ont changé pour la récidive, l'infraction est restée la même quant à ses éléments constitutifs.

Un autre argument du tribunal a été que le texte de l'art. 236.1 qui suit celui de l'art. 236(1) C.cr. parle d'une personne qui, après avoir été condamnée en vertu de l'un des articles 234, 234.1, 235 ou 236 est de nouveau déclarée coupable d'une infraction similaire. Cette expression a amené le juge à dire :

I am of opinion that this use of the word « previously » makes it clear that Parliament intended to have taken into account convictions made under the former section, as if it were intended otherwise such a provision would appear to be unnecessary.³³

Suite à ce jugement, une question fondamentale se pose. L'établissement d'une peine plus grave pour la récidive appartient-il à la substance du droit ou à la procédure? Et plus globalement, quels sont les critères pour distinguer entre ces deux catégories?

La cause *Republic of Costa Rica v. Erlanger*, nous donne un critère de base³⁴: « The distinction between procedural statutes and those affecting substantive rights is based on the premise that in procedural matters there are no vested rights ». Le juge Cartwright dans *Howard Smith Paper Mills Ltd. et al. v. R.*³⁵, avait proposé pour sa part le test suivant à propos de l'art. 41 de la *Loi sur les coalitions*, S.R.C. 1927, c. 26 :

While s. 41 makes a revolutionary change in the law of evidence, it creates no offence, it takes away no defence, it does not render criminal any course of conduct which was not already so declared before its enactment, it does not alter the character or legal effect of any transaction already entered into.³⁶

32. *Ibid.*, p. 330.

33. *Ibid.*, à la p. 331. Mais si le prévenu avait su au moment de la commission de la première infraction que la récidive encourrait une plus forte peine, il n'aurait peut-être pas commis cette première infraction. En somme cette infraction va avoir des conséquences que la personne ne connaissait pas au moment de sa commission.

34. (1876) 35 L.T. 19.

35. [1957] R.C.S. 403 à la p. 420.

36. Cité avec approbation dans la dissidence du juge Ritchie (*R. v. Mustapha Ali*, *supra*, note 16). Dans *R. v. McGregor*, (1978) 39 C.C.C. (2d) 401 on trouve à la p. 405 du jugement: « Procedure of itself does not alter a pre-existing factual situation: in common understanding it is the means provided for bringing a cause or issue into the judicial system and advancing it to final judgment. Such, as I understand it, is the subject of s. 36(c) of the Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23. If an amendment reaches beyond this, the consequences cannot be ignored in construing the amendment in the light of the basic rule. [...] Evidence itself is not inevitably a matter of procedure: it is a branch of the law with its own extensive jurisprudence, but if it is to be treated as procedure then it must also come within the considerations I have expressed ».

Peut-on dire pour le cas de l'art 236 C.cr. que la signification et la portée sur le plan légal de l'infraction commise avant le 26 avril 1976 reste la même après les amendements qui prévoient une peine plus sévère pour la récidive ?

Il est vrai que le législateur n'a jamais renoncé à son pouvoir de considérer certains faits passés comme facteurs influençant la sentence ou même comme éléments constitutifs de la qualification d'un acte. Dans le cas du délinquant dangereux on va se baser sur le passé criminel de l'individu pour obtenir une détention préventive³⁷. Mais, dans ce cas exceptionnel, on incrimine expressément l'état d'une personne qui constitue un danger pour la société³⁸. Au niveau de l'art. 236(1) C.cr., l'infraction elle-même semble être modifiée. On lui ajoute indirectement par le biais de la peine un autre élément, la récidive, qui constitue un cas aggravé de cette infraction et on impose une peine obligatoire d'emprisonnement. En fait, le prévenu au moment de la commission de sa première infraction ne connaissait pas toutes les conséquences de son acte. Ainsi cette infraction peut avoir indirectement des conséquences punitives qui n'étaient pas prévues par le Code au moment de la commission de l'infraction³⁹.

La difficulté de distinguer entre une loi substantive et de procédure s'est présentée aussi au niveau des nouvelles dispositions du Code criminel modifiant les articles 750 et ss. qui prévoient l'appel lors d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité⁴⁰. Avant les modifications le texte prévoyait un droit à un appel *de novo* automatique. À la suite des modifications, on doit maintenant par requête demander la permission de la Cour. Or, dans certains cas les accusés, après l'inscription de leur appel, se sont présentés devant le juge qui a refusé de leur accorder le droit à un appel *de novo* automatique vu que, entre temps, les nouvelles dispositions ont été mises en vigueur.

Le juge Ferguson, siégeant en appel dans une cause entendue devant la Cour de comté de l'Ontario, a considéré que ces modifications étaient d'ordre procédural⁴¹ :

37. Art. 688 C.cr. et suivants.

38. Le législateur a également considéré le fait de la valeur de la chose volée comme un élément déterminant pour la qualification de l'infraction et par conséquent pour la peine, dans le cas du vol prévu à l'art. 294, C.cr. Mais dans ce cas prévu expressément par le Code l'individu prend ses risques en connaissance de cause.

39. L'art. 5 b) du Code criminel mentionne que lorsqu'une disposition crée une infraction et autorise l'imposition d'une peine à son égard, une personne qui est déclarée coupable d'une telle infraction n'encourt à cet égard aucune autre peine que celle que prescrit la présente loi ou la disposition qui crée l'infraction.

40. *Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1974-75-76, c. 93, art. 89.

41. *R. v. Ridgewell*, (1978) 41 C.C.C. (2d) 17. Il reconnaît cependant que les dispositions qui accordent ou abolissent le droit à un appel appartiennent au droit substantif et ne peuvent pas s'appliquer rétroactivement. *Ibid.*, à la p. 21.

The primary thrust of the amendments is to replace the automatic right to appeal by way of trial *de novo* with an appeal on the transcript subject to the right to have a trial *de novo* with leave of the Court in certain cases. However, the right to, or the grounds available for, the appeal are neither broader nor narrower; it is only the manner in which the appeal is heard which is changed.[...] No one is denied a right to appeal which was previously available, nor does a new right to appeal become available. The only «right» lost is the «right» to an automatic trial *de novo*. However, such a «right» goes only to the «method of prosecuting a right of action which exists [...]».⁴²

Le juge en appliquant rétroactivement ces dispositions a donné raison à l'accusé-appelant qui avait respecté les nouvelles dispositions.

Cependant lors d'une autre cause similaire, le juge Mayrand de la Cour d'appel du Québec a adopté une position diamétralement opposée⁴³ :

Si les modifications apportées avaient un caractère purement procédural et n'affectaient aucunement un droit substantiel de l'appelant, il faudrait donner raison à l'intimée. Mais je crois que le droit qu'avait l'appelant de présenter dans un procès *de novo* une preuve tout autre que celle soumise en première instance ne peut être perdu par l'effet d'une loi postérieure. Cette loi ne peut avoir un effet rétroactif, faute de disposition expresse à cet effet. Comme l'écrivait monsieur le juge Louis-Philippe Pigeon, alors professeur à l'Université Laval (*Rédaction et interprétation des lois*, Québec 1965, p. 48) :

« Même dans le domaine de la procédure, il y a des droits acquis... une fois qu'on a intenté la procédure devant le tribunal, on a un droit acquis à la compétence. Et ce droit acquis s'étend même à la compétence en appel ».

Il est vrai que dans la présente cause le problème n'en est pas un de compétence du tribunal. Mais il se rapporte au droit substantiel qu'avait l'appelant, au moment de l'instruction de son procès en première instance et de l'inscription en appel de pouvoir compter sur une éventuelle défense devant le tribunal d'appel en l'appuyant d'une nouvelle preuve. La faculté de faire entendre de nouveaux témoins et celle de ne pas offrir en appel des témoignages rendus en première instance, participent plus de la substance du droit que de la procédure. Les amendements apportés aux articles 750 et suivants du Code criminel affectent non seulement la manière de procéder en appel, mais aussi les moyens que les parties peuvent y faire valoir.⁴⁴

La position adoptée par le juge Mayrand semble plus séduisante surtout si on tient compte de la nature d'un appel *de novo*. Il faut ajouter également que le moment exact où les modifications ont été apportées a une grande importance. Si la personne perd son droit à un appel *de novo* automatique, ceci risque d'influencer beaucoup la décision.

42. *Ibid.*, à la p. 22.

43. *R. v. Gervais*, (1979) 43 C.C.C. (2d) 533. La personne était accusée d'avoir refusé d'obtempérer à une sommation en vertu de l'art. 235(2) C.c.

44. *R. v. Gervais*, (1979) 43 C.C.C. (2d) 533.

Conclusion

Nous estimons que les problèmes que nous avons soulignés sur la rétroactivité d'une loi criminelle pourraient être évités si le législateur prenait la peine de préciser, dans chaque texte de loi modifiant le droit existant ou établissant de nouvelles règles en droit criminel, quelle est sa portée sur le plan de la rétroactivité⁴⁵. En précisant ainsi dans des dispositions transitoires quelles situations dans le temps seraient visées par la nouvelle loi, le législateur épargnerait aux tribunaux le rôle difficile d'interpréter son intention et de donner parfois l'impression qu'ils adoptent une vision punitive de la justice pénale.

45. Voir par exemple les dispositions transitoires à propos des nouvelles dispositions concernant le meurtre : *Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1974-75-76, c. 105. Voir aussi *R. v. Allan*, (1979) 43 C.C.C. (2d) 524.