

LES DÉBATS CONCERNANT LE DROIT FRANÇAIS ET LE DROIT ANGLAIS ANTÉRIEUREMENT À L'ADOPTION DE L'ACTE DE QUÉBEC DE 1774

Michel Morin

Volume 44, numéro 2-3, 2014

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1105809ar>
DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10130>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)
2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Morin, M. (2014). LES DÉBATS CONCERNANT LE DROIT FRANÇAIS ET LE DROIT ANGLAIS ANTÉRIEUREMENT À L'ADOPTION DE L'ACTE DE QUÉBEC DE 1774. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 44(2-3), 259–306. <https://doi.org/10.17118/11143/10130>

Résumé de l'article

Suite à l'adoption de la Proclamation royale de 1763, les Britanniques nouvellement établis au Québec exigent la convocation d'une Chambre de députés et le droit d'être jugé par un jury protestant. De leur côté, des seigneurs, des juristes et des commerçants francophones déplorent l'abrogation apparente du droit français et l'impossibilité pour les catholiques d'exercer des hautes fonctions publiques. Le gouvernement britannique sollicite ou reçoit des rapports rédigés majoritairement par des juristes britanniques dont certains exercent leurs fonctions dans la colonie. Ces documents procèdent à une comparaison du droit pénal et du droit privé de la Nouvelle-France avec celui de l'Angleterre. Plusieurs recommandent le rétablissement du droit immobilier, successoral et matrimonial antérieur ou l'intégration de règles précises d'origine française dans des ordonnances provinciales exhaustives. La préservation du droit pénal français suscite une très forte opposition. En 1774, des ébauches de projets de loi truffées d'incohérences amènent le gouvernement britannique à conclure que les règles anglaises et françaises ne peuvent être combinées à distance. L'idée d'interdire la consultation de sources françaises est également abandonnée, alors qu'au départ, elle est considérée comme un élément indispensable de la réforme. Le gouvernement est aussi irrité par l'attitude hostile des législatures coloniales américaines, ainsi que par les décisions de jurys défavorables à ses intérêts. En définitive, l'Acte de Québec de 1774 rétablit le droit privé de la Nouvelle-France et maintient en vigueur le droit pénal anglais. Il autorise les catholiques à exercer des fonctions publiques, mais crée un Conseil législatif non élu qui a le pouvoir d'introduire graduellement certaines règles du droit privé anglais.

LES DÉBATS CONCERNANT LE DROIT FRANÇAIS ET LE DROIT ANGLAIS ANTÉRIEUREMENT À L'ADOPTION DE L'ACTE DE QUÉBEC DE 1774

par Michel MORIN*

Suite à l'adoption de la Proclamation royale de 1763, les Britanniques nouvellement établis au Québec exigent la convocation d'une Chambre de députés et le droit d'être jugé par un jury protestant. De leur côté, des seigneurs, des juristes et des commerçants francophones déplorent l'abrogation apparente du droit français et l'impossibilité pour les catholiques d'exercer des hautes fonctions publiques. Le gouvernement britannique sollicite ou reçoit des rapports rédigés majoritairement par des juristes britanniques dont certains exercent leurs fonctions dans la colonie. Ces documents procèdent à une comparaison du droit pénal et du droit privé de la Nouvelle-France avec celui de l'Angleterre. Plusieurs recommandent le rétablissement du droit immobilier, successoral et matrimonial antérieur ou l'intégration de règles précises d'origine française dans des ordonnances provinciales exhaustives. La préservation du droit pénal français suscite une très forte opposition. En 1774, des ébauches de projets de loi truffées d'incohérences amènent le gouvernement britannique à conclure que les règles anglaises et françaises ne peuvent être combinées à distance. L'idée d'interdire la consultation de sources françaises est également abandonnée, alors qu'au départ, elle est considérée comme un élément indispensable de la réforme. Le gouvernement est aussi irrité par l'attitude hostile des législatures coloniales américaines, ainsi que par les décisions de jurys défavorables à ses intérêts. En définitive, l'Acte de Québec de 1774 rétablit le droit privé de la Nouvelle-France et maintient en vigueur le droit pénal anglais. Il autorise les catholiques à exercer des fonctions publiques, mais crée un Conseil législatif non élu qui a le pouvoir d'introduire graduellement certaines règles du droit privé anglais.

Following the Royal Proclamation of 1763, British subjects newly established in Quebec demanded both the convocation of a legislative assembly as well as the right to trial before a Protestant jury. For their part, Francophone seigneurs, jurists and businessmen lamented the apparent abrogation of French law and the fact that Catholics could not hold high public office. The British government requested or received reports drafted mostly by British jurists, some of whom practised in the colony. These documents compared the criminal law and the private law of New France with that of England. Many recommended that the former rules pertaining to immovables, to successions and to matrimonial regimes be reinstated, or that detailed rules of French origin be integrated into extensive Provincial ordinances. The preservation of French criminal law aroused fierce opposition. In 1774, legislative drafts marred by numerous inconsistencies compelled the British government to conclude that the combination of French and English rules could not be achieved from a distance. The idea of prohibiting the consultation of French legal sources was also abandoned, even though it had initially been considered an essential element of the reform. Furthermore the Government was annoyed by the hostile attitude of the American colonial legislatures and by jury decisions that were contrary to its interests. In the end, the Quebec Act of 1774 reinstated the private law of New France while retaining English criminal law. It authorized Catholics to hold public office, but created an unelected legislative council that had the power to gradually introduce certain English private law rules.

* . Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Le présent article a fait l'objet d'une communication dans le cadre de la conférence 1774 : L'Acte de Québec. Contextes transnationaux, interprétations et héritages tenue à la Grande Bibliothèque de Montréal les 4 et 5 octobre 2013. L'auteur tient à remercier M. Arnaud Decroix et ses collègues Jean Leclair et Han-Ru Zhou de leurs précieux commentaires, même s'il assume évidemment l'entière responsabilité d'éventuelles erreurs ou omissions.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	261
I. Les incertitudes découlant de la Proclamation Royale de 1763	268
II. Les rapports de 1766-1769	274
III. Les propositions et rapports londoniens, 1771-1774	286
IV. L'élaboration et l'adoption du projet de loi, 1773-1774	292
CONCLUSION	305

INTRODUCTION

En 1774, l'Acte de Québec rétablit les règles suivies avant la Conquête de 1760 en matière de « propriété et de droits civils ». Cette loi du parlement britannique instaure cependant une liberté illimitée pour ce qui concerne la dévolution des biens par testaments, plus exactement la « liberté de tester », qui était très limitée en Nouvelle-France¹. En revanche, ces dispositions sont inapplicables aux terres concédées sous la tenure anglaise du franc et commun socage ou à celles qui le seront à l'avenir². Par ailleurs, elle maintient en vigueur le droit criminel d'Angleterre. Elle autorise également les catholiques à exercer des fonctions publiques³. Enfin, elle crée un Conseil législatif non élu, dont les pouvoirs sont soumis à certaines restrictions. Par la suite, les tribunaux parviendront à la conclusion que l'ensemble du droit public britannique s'applique au Québec, en raison du fait qu'il n'est pas visé par l'expression « propriété et les droits civils »⁴.

1. *An Act for making more effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America*, (U. K.), 14 Geo. III, c. 83 (1774) (ci-après l'Acte de Québec; traduction dans Adam SHORTT et Arthur DOUGHTY (dir.), *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, (ci-après « D.C. I »), Première partie, 2^e éd., Ottawa, Imprimeur de la Reine, p. 552).
2. Voir J.E.C. BRIERLEY, « The Co-existence of Legal Systems in Quebec : "Free and Common Socage" in Canada's "pays de droit civil" », (1979) 20 *C. de D.* 277; nous ne discuterons pas de l'histoire controversée de la disposition pertinente.
3. La loi reconnaît également le libre exercice du culte et le droit du clergé catholique de percevoir la dîme des fidèles qui adhèrent à leur religion, en laissant dans l'ombre le statut et les droits de la hiérarchie ecclésiastique : voir Michel MORIN, « De la reconnaissance officielle à la tolérance des religions : l'état civil et les empêchements de mariage de 1628 à nos jours », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable »*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 53.
4. Voir Michel MORIN, « Les changements de régimes juridiques consécutifs à la Conquête de 1760 », (1997) 57 *R. du B.* 689. Depuis 1707, le Parlement de Grande-Bretagne exerce sa compétence sur les anciens royaumes d'Angleterre et d'Écosse. Ceux-ci conservent leur propre système juridique, sous réserve des modifications que pourraient y apporter de nouvelles lois. Il existe donc un droit public britannique concernant la couronne, le Parlement et certaines caractéristiques du pouvoir judiciaire, ainsi qu'un droit anglais privé et pénal distinct du droit écossais, désigné

Ce découpage simple est l'aboutissement de plusieurs années de réflexions, de délibérations, de tergiversations et de revendications faisant suite à la Conquête de 1760. Comme on le sait, aux termes du traité de Paris de 1763, la France cède le « Canada » à la Grande-Bretagne. La population non autochtone de cette ancienne colonie française est composée très majoritairement de personnes catholiques et francophones établies dans la vallée du Saint-Laurent. Pendant une période d'environ trois ans, le gouvernement britannique espère que l'immigration provenant de la Grande-Bretagne ou des colonies nord-américaines déjà établies se dirigera vers des colonies nouvellement conquises, notamment la province de Québec et celles de Floride orientale, de Floride occidentale (située dans le sud de l'Alabama et du Mississippi actuels), ainsi que l'île de Grenade. Le modèle retenu est fondé sur la domination des élites protestantes, accompagnée d'une tolérance de fait des pratiques religieuses catholiques, comme en Irlande ou en Acadie; le maintien des institutions gouvernementales et du système juridique antérieurs est implicitement écarté, contrairement à la situation qui prévaut dans l'Île de Minorque, une ancienne possession espagnole où le nombre de personnes d'origine britannique est minime⁵.

à l'époque par l'expression « lois anglaises ». En 1800, l'addition de l'Irlande donnera naissance au Royaume-Uni (voir *Union with Scotland Act, 1706*, 1706 (Angl.), 5 Anne, c. 8 (entrée en vigueur en 1707); *Union with Ireland Act, 1800*, (G.-B.), 39-40 Geo. III, c. 67; des lois correspondantes ont été votées en 1797 par le Parlement écossais et en 1800 par le Parlement irlandais).

5. Voir notamment Peter MARSHALL, « The Incorporation of Quebec in the British Empire », dans Virginia BEVER PLATT et David Curtis SKAGGS, *Of Mother Country and Plantations: Proceedings of the Twenty-Seventh Conference in Early American History*, Bowling Green, Bowling Green State University Press, 1971, p. 43, aux pages 45-47; Pierre TOUSIGNANT, « L'incorporation de la province de Québec dans l'Empire britannique, 1763-1791 – I^{re} partie de la Proclamation royale du Canada à l'Acte de Québec » dans George BROWN, Marcel TRUDEL et André VACHON (dir.), *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. IV, Sainte-Foy/Toronto, Presses de l'Université Laval/University of Toronto Press, 1980, p. xxxiv; Stephen CONWAY, « The Consequences of the Conquest: Quebec and British Politics, 1760-1774 », dans Philip BUCKNER et John G. REID (dir.), *Revisiting 1759: The Conquest of Canada in Historical Perspective*, Toronto, University of

Dans les quatre nouvelles possessions mentionnées ci-dessus, la Proclamation royale de 1763 impose un régime semblable à celui qui prévaut dans les autres colonies britanniques, sans égard au contexte particulier de chacune⁶. Comme son nom l'indique, ce document est adopté par le roi, sur la recommandation de ses ministres; en effet, au XVIII^e siècle, la Couronne a le pouvoir de constituer, sans l'assentiment du Parlement, le gouvernement initial des colonies⁷. Dans le but d'attirer des colons d'origine britannique, la Proclamation royale prévoit qu'une chambre de députés sera convoquée dès que possible dans les nouvelles colonies afin d'adopter, de concert avec le gouverneur et son conseil, des lois locales « conformément autant que possible aux lois anglaises »⁸. « Dans l'intervalle », tous les habitants doivent jouir des avantages que procurent celles-ci.

Pour leur part, les tribunaux doivent juger « suivant la loi et l'équité, conformément autant que possible aux lois anglaises ». Par ailleurs, pour les postes les plus importants de l'administration, la commission du gouverneur prévoit que les lois rendant les catholiques inéligibles doivent être respectées⁹. Cette règle

Toronto Press, 2012, p. 141; Heather WELLAND, « Commercial Interests and Political Allegiance: The Origins of the Quebec Act », p. 166.

6. *Proclamation royale*, 1763, L.R.C. (1985), App. II, no 1 (ci-après « *Proclamation royale* ») ou *D.C. I*, p. 136.
7. *Campbell c. Hall*, 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1048 (B.R., 1774); *D.C. I*, p. 506. Bien qu'il ait généralement été encadré ultérieurement par des lois impériales, ce pouvoir, un vestige de la prérogative royale, a survécu jusqu'à nos jours dans le cas de certains territoires isolés qui ont été cédés au gouvernement britannique : *Bancoult, R (On The Application of) c. Secretary of State For Foreign and Commonwealth Affairs*, [2008] UKHL 61, [2009] 1 A.C. 453 (Ch. Des lords).
8. La version anglaise, qui est la seule à avoir un caractère officiel, emploie l'expression *Laws of England*; celle-ci inclut aussi bien les lois du Parlement que les règles de la common law, dans tous les domaines du droit.
9. *Commission de capitaine général et gouverneur en chef de la Province de Québec*, *D.C. I*, p. 146, aux pages 148-150. À l'époque, la commission d'un gouverneur confère des pouvoirs importants octroyés « par des lettres patentes revêtues du grand sceau de la Grande-Bretagne, qui doivent être lues publiquement et communiquées au peuple [...] » : Francis MASERES, *Brouillon d'un rapport préparé par l'honorable gouverneur en chef et le*

s'applique notamment aux membres du Conseil exécutif, aux députés et aux juges. Comme les catholiques représentent environ 95 % de la population dans les années qui suivent la Conquête, aucune élection ne sera organisée au Québec sous ce régime.

L'absence d'une chambre élue dans la colonie suscite très vite l'hostilité ouverte des Britanniques venus s'établir dans la colonie; ceux-ci sont principalement des commerçants, des artisans et des travailleurs manuels¹⁰. De leur point de vue, les sujets britanniques protestants ont des droits fondamentaux qui ne sauraient leur être retirés, tel celui d'élire des représentants qui votent les lois et lèvent les impôts, d'être jugés devant jury et de bénéficier de la protection de l'*habeas corpus*¹¹. Plusieurs militaires résident également dans la colonie, même si la plupart ne s'y établissent pas; généralement partisans d'un renforcement des pouvoirs de l'exécutif, ils sont hostiles aux chambres de députés coloniales. Par conséquent, leurs relations avec la population civile

*Conseil de la province de Québec, pour être présenté à sa Très-Excellente Majesté le roi en son Conseil, au sujet des lois et de l'administration de la justice de cette province, D.C. I, p. 304, à la page 328. Sur les nombreuses fonctions publiques qui pouvaient être exercées sans prêter le serment du test, voir Donald FYSON, « Les Canadiens et le Serment du Test », dans Sophie IMBEAULT, Denys VAUGEOIS et Laurent VEYSSIERE, *1763 Le traité de Paris bouleverse l'Amérique*, Québec, Septentrion, 2013, p. 272.*

10. Voir par exemple Karl David MILOBAR, « The Origins of British-Quebec Merchant Ideology: New France, the British Atlantic and the Constitutional Periphery, 1720-1770 », (1996) 24 (3) *Journal of Imperial and Commonwealth History* 364.
11. Voir notamment David MILOBAR, « Quebec Reform, the British Constitution and the Atlantic Empire, 1774-1775 », dans Philip LAWSON (dir.), *Parliamentary History: Parliament and the Atlantic Empire*, Edimbourg, Edinburgh University Press, 1995, p. 65; P.J. MARSHALL, *The Making and Unmaking of Empires, Britain, India, and America c.1750-1783*, Oxford, Oxford University Press, 2005; Jack P. GREENE, *The Constitutional Origins of the American Revolution*, New York, Cambridge University Press, 2010, notamment p. 50-55; Jack. P. GREENE, « 1759: The Perils of Success », dans P. BUCKNER et J. G. REID, préc., note 5, p. 95; sur les droits des sujets britanniques, voir aussi Daniel J. HULSEBOSCH, *Constituting Empire*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2005; Paul D. HALLIDAY, *Habeas corpus, from England to Empire*, Cambridge, Belknap Press, 2010.

d'origine britannique sont extrêmement tendues¹². D'un autre côté, des membres de l'élite francophone, avocats, notaires, seigneurs, juristes ou même commerçants, critiquent ou contestent la discrimination religieuse dont ils sont victimes, le coût élevé de l'administration de la justice et l'abrogation du droit de la Nouvelle-France apparemment opérée par la Proclamation royale.

Confronté à ces protestations, le gouvernement britannique décide de solliciter plusieurs rapports juridiques concernant les réformes à effectuer dans la province de Québec; certains acteurs de l'époque prennent également l'initiative de lui transmettre leurs suggestions¹³. Inévitablement, les auteurs de ces documents

-
12. Douglas HAY, « Civilians tried in Military Courts: Quebec, 1759-1764 », dans F.M. GREENWOOD et B. WRIGHT, *Canadian State Trials. Law, Politics, and Security Measures, 1608-1837*, Toronto, University of Toronto Press, 1996, p. 114; Jean-Marie FECTEAU et Douglas HAY, « Government by Will and Pleasure instead of Law”: Military Justice and the Legal System of Quebec, 1775-1783 », p. 129, à la page 136. Dans les années 1760, en Grande-Bretagne et dans les colonies britanniques, l'autorité du Parlement et des gouvernements coloniaux est vivement contestée, au nom des droits fondamentaux reconnus aux sujets britanniques. En effet, à cette époque, le gouvernement tente de restreindre la liberté de la presse, le droit au procès devant jury ainsi que les pouvoirs des législatures coloniales, tant en Grande-Bretagne que dans les colonies; il invoque le devoir d'obéissance des sujets du roi: voir Michel MORIN, « La découverte du droit constitutionnel britannique dans une colonie francophone : la Gazette de Québec, 1764-1774 », (2013) 47 (2) *R.J.T.* 319.
 13. Le règne de George III débute peu après la Capitulation de Montréal, soit en 1760. Au cours de la décennie suivante, de nombreux changements de gouvernement sont liés en partie aux problèmes coloniaux. Dès 1761, alors que la guerre fait toujours rage en Europe, le roi force le faucon William Pitt à quitter le cabinet; l'année suivante, le duc de Newcastle doit faire de même. L'ancien précepteur de George III, lord Bute, prend alors la tête d'un gouvernement qui a beaucoup de difficultés à faire accepter le traité de paix conclu à Paris en 1763. En 1763, il est remplacé par George Grenville, qui décide de taxer les colonies américaines. En 1765, le roi renvoie celui-ci et appelle le marquis de Rockingham au gouvernement. Celui-ci fait abroger l'année suivante la très impopulaire Loi sur Les Timbres, laquelle taxe le papier et divers documents dans les colonies, en exigeant l'achat de timbres (voir M. MORIN, préc., note 12). En 1766, Rockingham et certains ministres quittent le cabinet; sous la direction nominale de Lord Grafton, William Pitt, le comte de Chatham, revient au gouvernement. Alors que tous fondent les plus grands espoirs sur ce

procèdent à une comparaison du droit pénal ou privé de la Nouvelle-France avec celui de l'Angleterre. Dans ce contexte, ils ont généralement une opinion assez favorable des règles de l'ancien droit français, même s'ils rejettent catégoriquement certaines d'entre elles, tout particulièrement en droit pénal. Ils indiquent donc les domaines du droit dans lesquels celles-ci doivent à leur avis continuer de s'appliquer, au moins à titre provisoire.

L'historiographie pertinente donne souvent l'impression que ces rapports prônent le rétablissement total ou partiel des règles en vigueur en Nouvelle-France de manière durable sinon permanente¹⁴. Pourtant, dans la plupart des cas, ils recommandent de mettre un terme aux liens intellectuels et affectifs susceptibles de subsister entre les juristes francophones du Québec et la jurisprudence ou la doctrine française. La présente étude veut donc examiner dans quelle mesure les auteurs de ces documents sont

dernier, il est incapable de décision en raison de ses problèmes de santé; il démissionne en 1768. En 1770, il dénonce toutefois ses collègues et la politique du gouvernement dont il a fait partie, provoquant la chute de celui-ci. Lord North prend alors la relève. Il adopte une attitude jusqu'au-boutiste face aux colonies américaines qui assure la stabilité du gouvernement pendant douze ans et culmine avec l'indépendance des États-Unis d'Amérique (« George III, 1738 – 1820 », <http://www.oxforddnb.com/view/article/10540?docPos=1>).

14. Plusieurs études ont brossé un portrait exact de la situation, mais elles traitent séparément le droit pénal et le droit civil : André MOREL, « La réception du droit criminel anglais au Québec (1760-1892) », (1978) 13 *R.J.T.* 449; Jean-Marie FECTEAU, *Un nouvel ordre des choses : la pauvreté, le crime, l'État au Québec, de la fin du XVIIIe siècle à 1840*, Outremont, VLB Éditeur, 1989, p. 88-97; Evelyn KOLISH, *Nationalismes et conflits de droits : le débat du droit privé au Québec, 1760-1840*, Montréal, Hurtubise, 1994, p. 29-43. Sur l'Acte de Québec, on consultera notamment Pierre TOUSIGNANT, « La Genèse et l'Avènement de l'Acte constitutionnel de 1791 », thèse de doctorat présentée à l'Université de Montréal, 1971; Hilda NEATBY, *Quebec, The Revolutionary Age, 1760-1791*, Toronto, McClelland and Stewart, 1966; Philip LAWSON, *The Imperial Challenge, Quebec and Britain in the American Revolution*, Montréal/Kingston, McGill/Queen's University Press, 1989; Karl David MILOBAR, « The Constitutional Development of Quebec from the Time of the French Regime to the Canada Act of 1791 », Ph. D. dissertation, University of London, 1990; Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec du Régime français à nos jours*, Montréal, Thémis, 1992.

disposés à accepter la survie de certaines parties du droit de la Nouvelle-France, qu'ils comprennent généralement fort bien. Pour ce faire, il conviendra d'établir une chronologie de ces débats concernant ces questions, en mettant en lumière le rôle joué en coulisse par les principaux acteurs¹⁵. Ultimement, nous savons que le gouvernement britannique a décidé de confier à un conseil législatif non élu le soin de déterminer les secteurs du droit dans lesquels les anciennes règles continueront de s'appliquer. Nous tenterons de voir comment certains problèmes soulevés dans ces rapports expliquent, du moins en partie, ce choix.

Afin de mieux comprendre les enjeux abordés dans les documents que nous analyserons, il est important de présenter les débats publics qui font suite à l'adoption de la Proclamation royale de 1763 (I). Nous examinerons ensuite une première série de propositions rédigées de 1766 à 1769, principalement celles du gouverneur, du juge en chef et du procureur général de la province de Québec (II). Celles-ci ayant été transmises à Londres, nous étudierons les réflexions des conseillers juridiques officiels du gouvernement britannique (*law officers of the Crown*), soit le procureur général, le solliciteur général et l'avocat général, antérieurement à l'adoption de l'Acte de Québec (III)¹⁶. Enfin, nous

-
15. Nous avons retracé un certain nombre de manuscrits inédits ou publiés partiellement, mais nous devons reconnaître que ces découvertes ne révolutionnent pas l'état des connaissances. Néanmoins, la présente synthèse est fondée, dans la mesure du possible, sur les documents originaux plutôt que sur les extraits publiés. En outre, la littérature juridique ne rend pas souvent compte de la richesse des débats de cette époque.
 16. Au XVIII^e siècle, le procureur général d'Angleterre représente la couronne dans le cadre de certains procès et lui fournit des opinions juridiques, en plus d'exercer certains pouvoirs, tel celui d'ordonner l'arrêt des procédures. Le solliciteur général le seconde dans ses fonctions et le remplace au besoin. Tous deux sont membres de la Chambre des communes et conservent une clientèle privée. Enfin, l'avocat général représente le roi devant les tribunaux ecclésiastiques et d'amirauté, en plus de fournir des opinions juridiques au roi : John BAKER, *Introduction to English Legal History*, 3rd ed., Londres, Butterworths, 1990, p. 188 et 194; Paul ROMNEY, *Mr Attorney The Attorney General for Ontario in Court, Cabinet and Legislature, 1791-1899*, s.l., Osgoode Society, 1986, p. 14-16.

analyserons les versions du projet de loi préparées avant sa présentation officielle au Parlement, afin de voir dans quelles mesures les recommandations contenues dans les rapports ont été suivies (IV).

I. Les incertitudes découlant de la Proclamation royale de 1763

À la suite de l'entrée en vigueur de la Proclamation royale de 1763, l'*Ordonnance du 17 septembre 1764 établissant des cours civiles* inaugure une période d'incertitude sur les règles applicables dans la Province de Québec¹⁷. Si l'introduction du droit pénal anglais ne fait pas de doute, l'ordonnance est beaucoup plus nuancée en matière civile. En effet, lorsque la valeur du litige est de dix livres ou plus, le demandeur peut s'adresser à la Cour des plaids communs, qui doit officiellement se fonder sur l'équité; en pratique, elle applique généralement le droit français et permet aux plaideurs de s'exprimer aussi bien en français qu'en anglais. Le demandeur peut également, à sa discrétion, s'adresser à la Cour du banc du roi, qui est tenue de se fonder sur le droit anglais; en matière civile, elle est rapidement délaissée par les plaideurs, tant anglophones que francophones, en raison du coût élevé des procédures et de leur très grand formalisme. À titre d'illustration, devant la Cour du banc du roi, le procès devant jury constitue la norme en matière civile; devant la Cour des plaids communs, il est tenu uniquement si l'une ou l'autre des parties en fait la demande. Par ailleurs, les affaires civiles et pénales de moindre importance doivent être entendues par des juges de paix sans formation juridique, principalement des commerçants¹⁸.

17. *D.C. I*, p. 180. Pour plus de détails sur les renseignements contenus dans ce paragraphe, voir Arnaud DECROIX, David GILLES et Michel MORIN, *Les tribunaux et l'arbitrage en Nouvelle-France et au Québec de 1740 à 1784*, Montréal, Thémis, 2012; Donald FYSON, « De la common law à la Coutume de Paris : les nouveaux habitants britanniques du Québec et le droit civil français, 1764-1775 », dans Florent GARNIER et Jacqueline VENDRAND-VOYER (dir.), *La coutume dans tous ses états*, Paris, La Mémoire du Droit, 2013, p. 157.

18. Ils siègent seuls si l'enjeu est de moins de cinq livres, à deux s'il n'excède pas dix livres et à trois, lors des sessions trimestrielles de la paix, s'il est

L'ordonnance de 1764 prévoit donc l'application du droit anglais pour les causes d'une valeur de moins de dix livres et pour celles d'une valeur supérieure à cette somme, si le demandeur choisit de s'adresser à la Cour du banc du roi; s'il opte pour la Cour des plaids communs, l'« équité » permet aux juges de se fonder sur le droit de la Nouvelle-France ou de s'en inspirer, ce qu'ils font très fréquemment, même s'ils n'y sont pas obligés. Néanmoins, en dépit de l'incertitude entourant le droit applicable, les affaires de famille (c'est-à-dire les litiges concernant le droit de la famille, des successions ou des régimes matrimoniaux) n'ont pas suscité un boycottage de la part des justiciables francophones, contrairement à ce qui était affirmé auparavant¹⁹.

Même si l'on admet que la Proclamation royale prévoit l'application du droit privé anglais (une question qui, comme nous le verrons, devient rapidement controversée), les termes de la Capitulation de Montréal de 1760 compliquent encore la situation. En effet, le commandant en chef Jeffery Amherst a refusé de s'engager au nom du roi à maintenir en vigueur le droit de la Nouvelle-France, y compris les faibles taxes qui y étaient perçues²⁰. Toutefois, il a promis de respecter les droits privés portant sur des « biens, Seigneuriaux et Roturiers, Meubles et Immeubles, Marchandises, Pelleteries et Autres Effets »²¹. Le traité de Paris reconnaît également le droit de « vendre » ces biens à des sujets britanniques²².

d'au moins dix livres, sans en excéder trente. Une cour hebdomadaire composée de deux juges de paix doit également siéger à Montréal et à Québec.

19. A. DECROIX, D. GILLES et M. MORIN, préc., note 17; voir André MOREL, « La réaction des Canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774, une forme de résistance passive », (1960) 20 *R. du B.* 53.
20. *D.C.I.*, p. 5, art. 42.
21. *Id.*, art. 37.
22. *D.C.I.*, p. 83, art. 4. Alain LABERGE, « Le régime seigneurial après la Conquête : propriété et privilège fonciers à l'époque du traité de Paris (1760-1774) », dans S. IMBEAULT, D. VAUGEOIS et L. VEYSSIERE, préc., note 9, p. 324.

Le conquérant s'est donc engagé à respecter la distinction entre les meubles et les immeubles, ainsi que les droits des seigneurs. Certains Britanniques ont d'ailleurs acheté des seigneuries, dont de hauts gradés de l'armée britannique; ils viennent d'un pays où la possession de grands domaines fonciers assure un statut social indiscutable. Ils ont des affinités évidentes avec les seigneurs francophones, dont plusieurs ont servi dans l'armée française²³. Il est admis à l'époque qu'il faut éviter, dans la mesure du possible, d'interpréter un texte ayant force de loi d'une manière qui contrevient aux termes d'une capitulation²⁴. Dans cette perspective, il faut déterminer dans quelle mesure le régime de la Proclamation royale permet de reconnaître le régime seigneurial de la Nouvelle-France.

Une autre difficulté provient des abus dans l'administration de la justice, notamment le montant élevé des frais de justice, le recours fréquent à l'emprisonnement pour dettes ou le comportement de certains titulaires de fonctions publiques – dont un greffier – qui extorquent des sommes d'argent auxquelles ils n'ont pas droit²⁵. Les gouverneurs réagissent toutefois rapidement. Ainsi, sept des dix juges de paix nommés en 1764 dans le district de Montréal s'avèrent inaptes à exercer leurs fonctions; ils sont remplacés dès l'année suivante²⁶. À compter de 1766, le lieutenant-gouverneur Carleton supprime plusieurs honoraires exigés des

-
23. Voir notamment Michel MORIN, « Les revendications des nouveaux sujets, francophones et catholiques, de la Province de Québec, 1764-1774 », dans Blaine BAKER et Donald FYSON (dir.), *Essays in the History of Canadian Law: Quebec and the Canadas*, Toronto, Osgoode Society, 2013, p. 131, aux pages 141 et 156-157.
24. Ainsi, le juge en chef Mansfield écrit : [traduction] « Les articles d'une capitulation par laquelle s'est opérée la reddition d'un pays et ceux d'un traité en vertu de laquelle s'est accomplie la cession, sont sacrés et inviolables quant à leur esprit et à leur portée véritables », *Campbell c. Hall*, préc., note 7; *D.C. I*, p. 509.
25. Michel MORIN, « The reactions of the "new" subjects of Quebec to British Justice, 1760-1774 » (en préparation).
26. Donald FYSON, *Magistrats, police et société : la justice criminelle ordinaire au Québec et au Bas-Canada, 1764-1837*, coll. Cahiers du Québec, Montréal, Hurtubise, 2010, p. 160 et 202 et 203.

particuliers, en commençant par les siens, suivis de ceux du greffier de la Couronne et du juge en chef²⁷.

En 1769, le Conseil exécutif découvre que plusieurs juges de paix ont abusé de leur pouvoir afin d'augmenter leurs honoraires; l'année suivante, leur compétence en matière civile est abolie, sauf pour les litiges d'une très faible valeur (soit au plus trois livres)²⁸. Par la suite, les causes dont la valeur n'excède pas douze livres sont entendues par l'un des juges de la Cour des plaid communs. Ceux-ci doivent aussi effectuer une tournée bisannuelle dans les régions rurales. Toutefois, les juges de paix demeurent actifs en matière pénale. Après 1770, il semble que deux francophones protestants entendent pratiquement toutes les affaires pénales à Montréal²⁹. Ainsi, les autorités coloniales ont été en mesure d'améliorer considérablement l'administration de la justice et de remédier aux abus. Les rapports soumis au gouvernement britannique avant 1770 discutent de ces problèmes, qui perdent toutefois de leur acuité après l'abolition de la compétence des juges de paix en matière civile et la réforme de la procédure civile opérée par la même occasion.

Le nouveau régime suscite rapidement l'hostilité des anciens sujets britanniques nouvellement établis dans la province. À cet égard, les représentations du grand jury de Québec sont emblématiques. En 1764, celui-ci exerce son droit de faire des représentations aux autorités sur certaines questions locales ou d'intérêt public, en plus de son pouvoir d'autoriser les accusations

27. F. MASERES, préc., note 9, aux pages 331-333; H. NEATBY, préc., note 14, 1966, p. 96-98; Paul David NELSON, *General Sir Guy Carleton, Lord Dorchester*, Madison-Teaneck-Londres, Fairleigh Dickinson University Press-Associated University Press, 2000, p. 45-50; Francis MASERES, *The Canadian Freeholder*, vol. 1, Londres, B. White, 1776, p. 350-378; Jacques L'HEUREUX, « L'organisation judiciaire de 1764 à 1774 », (1970) 1 (1) *Revue générale de droit* 266, 324; mais voir Seaman Morley SCOTT, *Chapters in the History of the Law of Quebec 1764-1775*, thèse, Université du Michigan, 1933, Appendice VI, p. 444-449.

28. *Ordonnance pour rendre plus efficace l'administration de la justice et réglementer les cours civiles de cette province*, D.C. I, p. 382.

29. D. FYSON, préc., note 26, p. 202 et 203.

pénales³⁰. Quatorze de ses vingt-deux membres sont des commerçants anglais. Il compte également un francophone protestant, A. Dumas, ainsi que de notables catholiques francophones. Ceux-ci affirmeront par la suite ne pas avoir compris le document rédigé en anglais qu'on leur a demandé de signer. Quoi qu'il en soit, les représentations protestent contre l'absence d'une chambre de députés, en plus de dénoncer le coût et la complexité du nouveau système judiciaire. Dans un document distinct, les quinze grands jurés protestants réclament le droit d'être jugé par un jury composé de coreligionnaires; ils s'expriment d'une manière qui semble nier aux catholiques le droit d'exercer cette fonction, ainsi que la majorité des fonctions publiques, ainsi que certaines professions particulières.

Les francophones réagissent vivement³¹. Le gouvernement britannique calme le jeu en indiquant que les lois britanniques excluant les catholiques ne s'appliquent pas dans les colonies. Une ordonnance précise ensuite que les personnes pratiquant cette religion peuvent être jurés et avocats dans toutes les cours; en outre, les jurys devront être de la même religion que les parties ou être composés de six catholiques et des six protestants si celle-ci diverge³². En revanche, la clarification du gouvernement ne remet aucunement en question les dispositions de la commission du gouverneur excluant ceux-ci du conseil du gouverneur, de la magistrature et d'une éventuelle chambre élue. Au sein de l'Empire britannique, la reconnaissance de droits aux catholiques est

30. *Représentation du jury d'accusation de Québec, D.C. I*, p. 190.

31. Michel MORIN, « Les premières controverses concernant la justice au Québec sous le régime de la Proclamation royale de 1763 », dans Thierry NOOTENS (dir.), *Actes du colloque Justices et Espaces Publics*, p. 147; D. FYSON, préc., note 9.

32. *Rapport du procureur général et du solliciteur général concernant les sujets catholiques romains, D.C. I*, p. 206 (10 juin 1765); *Ordonnance pour modifier et amender une ordonnance de Son Excellence le Gouverneur et du Conseil de Sa Majesté de cette Province, rendue le dix-septième jour de septembre, 1764, D.C. I*, p. 219.

d'ailleurs une question explosive, comme le montre le tollé qui suit l'octroi de certains droits à ceux qui résident dans l'île de Grenade³³.

Outre l'insatisfaction des anciens sujets, l'absence de législature dans la colonie pose des problèmes financiers. En effet, il est acquis que le Conseil exécutif colonial n'a pas le pouvoir d'imposer des taxes. Seuls le Parlement britannique ou la législature coloniale peuvent le faire. Néanmoins, selon les conseillers juridiques de la couronne, le roi, en tant que conquérant, a acquis le droit de percevoir certaines taxes imposées sous le Régime français. Toutefois, les actions intentées par le procureur général devant la Cour du banc du roi de la province de Québec sont toutes rejetées par un jury³⁴.

De 1764 à 1773, plusieurs pétitions sont également transmises à Londres. Les anglophones réclament notamment la création d'une chambre de députés. Les « nouveaux sujets », c'est-à-dire les anciens habitants de la Nouvelle-France, protestent contre l'exclusion des catholiques des fonctions publiques, le coût exorbitant de la justice et l'abrogation du droit de la Nouvelle-France. En 1773, ils ajoutent que la colonie n'a pas les moyens de se doter d'une chambre de députés, car cela l'obligerait à imposer de nouvelles taxes pour subvenir aux besoins du gouvernement. En coulisse, une minorité de francophones déclarent être favorables à la création d'une telle chambre, à condition que les catholiques puissent y siéger. Faute de garanties à cet égard, ils s'abstiennent d'appuyer la revendication des sujets protestants portant sur cette question. En définitive, le gouverneur Carleton parvient à rallier à ses vues une bonne partie de l'élite francophone, composée de la hiérarchie ecclésiastique catholique, de seigneurs, de profession-

33. Voir notamment M. MORIN, préc., note 23, aux pages 147 et 148; Hannah Weiss MULLER, « Bonds of Belonging: Subjecthood and the British Empire », (2014) 53 (1) *Journal of British Studies* 29.

34. Voir M. MORIN, préc., note 4 et M. MORIN, préc., note 31; D. MILOBAR, préc., note 11.

nels ou de commerçants. Se sentant isolées, les quelques voix dissidentes jugent préférable de ne pas se manifester³⁵.

Outre les problèmes liés à l'administration de la justice et aux questions religieuses, les débats publics de l'époque portent donc sur l'existence d'un pouvoir législatif autonome (en l'absence d'une chambre de députés), sur la possibilité de percevoir des taxes et sur le maintien en vigueur de certaines règles du droit de la Nouvelle-France. À compter de 1766, plusieurs rapports vont traiter de ces questions.

II. Les rapports de 1766-1769

Les analyses de Fowler Walker, un avocat londonien représentant notamment les marchands établis au Québec, déterminent rapidement les termes du débat concernant le système juridique de la province de Québec. En 1763, il soutient que la Proclamation royale réserve le pouvoir législatif à la Chambre des députés; dans cette perspective, le droit anglais s'applique jusqu'à ce que celle-ci décide de le modifier³⁶. L'Assemblée est donc la seule qui puisse déterminer la nature du droit applicable dans la colonie. En pratique, le Conseil mis en place en 1764, composé de personnes nommées par le roi, a cependant édicté des ordonnances sans avoir l'autorité de le faire, si ce n'est en vertu des instructions confidentielles remises au gouverneur. À l'époque, l'opinion dominante refuse de reconnaître la validité d'une telle délégation de pouvoir, car ce document n'est pas accessible au public³⁷.

35. M. MORIN, préc., note 23, p. 163-168; « The Discovery and Assimilation of British Constitutional Law Principles in Quebec, 1764-1774 », (2013) 36 (2) *Dal. L.J.* 581; aussi Donald FYSON, « La réconciliation des élites britanniques et canadiennes (1759-1775) : reconnaissance mutuelle ou rhétorique intéressée? », dans S. IMBEAULT, D. VAUGEOIS et L. VEYSSIERE, préc., note 9, p. 262.

36. Lettre de Fowler Walker, 17 octobre 1763, BAN, Collection Dartmouth, MG 23 A 1, vol. 2, fo 1616.

37. Voir F. MASERES, préc., note 9, p. 328 et 329; J. L'HEUREUX, préc., note 27, p. 271 et 272; voir aussi *Campbell c. Hall*, préc., note 7, *D.C. I*, p. 514 et 515 (« [...] vous remarquerez que la proclamation n'indique pas que des pouvoirs législatifs seront exercés par le roi ou par le gouverneur et le

Le 1^{er} mars 1766, après qu'une solution a été trouvée à la crise provoquée dans les colonies britanniques américaines par la Loi sur les timbres, Walker transmet au lord chancelier, Robert Henley, comte de Northington, ses réflexions sur la province de Québec³⁸. À son avis, en promettant à la population qu'elle jouira de l'avantage des « lois anglaises » jusqu'à ce qu'une chambre de députés puisse siéger, la Proclamation a abrogé les « lois canadiennes », pour reprendre l'expression de l'époque. Il s'empresse d'ajouter que les premières ont été conçues pour une population dont l'esprit, l'éducation et la religion diffèrent entièrement de celle du Québec³⁹. L'« avantage des lois anglaises » requiert la mise en place de procédures criminelles qui sont nettement caractérisées par un esprit de « clémence », d'une part, ainsi que de mesures de protection de la liberté personnelle et des biens aussi efficaces que celles de l'Angleterre, d'autre part. Concrètement, cela signifie qu'un châtiment corporel ou le paiement d'une indemnité doivent être imposés en cas de violation de ces droits. Dans son esprit, l'avantage des lois anglaises inclut aussi le mode d'administration de la justice, les règles de succession et le droit immobilier. Le moins que l'on puisse dire, c'est qu'il donne une portée extrêmement large à la promesse contenue dans la Proclamation. Comme nous le verrons, cette interprétation est loin de faire l'unanimité.

Pour Walker, seule une loi de la législature coloniale ou du parlement britannique peut restreindre le champ d'application du droit anglais. Il recommande toutefois que la future Chambre des députés provinciale élabore un code qui détermine avec précision les sources du droit applicables dans la province. Tout en rappelant que l'imposition en bloc des lois anglaises est inopportune, il estime

Conseil sous l'autorité de ce dernier ou de quelque manière, jusqu'à ce que l'Assemblée soit convoquée; la promesse ci-dessus implique le contraire [...] ». L'« Assemblée » désigne la chambre des députés coloniale.

38. « Considerations on the present State of the Province of Quebec », BAN, Hardwicke Papers Add. Mss. 35915, MG21 vol. 107, ff. 5-48; pour un aperçu de la controverse provoquée par la Loi sur les Timbres, voir M. MORIN, préc., note 12.

39. Lettre de Fowler Walker, *id.*, fo 34.

nécessaire de modifier les lois canadiennes. En premier lieu, le droit pénal anglais doit leur être substitué, mais avec certaines adaptations. À son avis, en raison de son caractère clément et de ses règles de procédure favorables à l'accusé, les Canadiens ne manqueront pas de le révéler rapidement.

Walker suggère ensuite qu'une collection des lois du Canada soit préparée en épousant les classifications reconnues par le droit anglais – on peut penser que celles-ci seraient assez rébarbatives pour des esprits cartésiens, mais peu importe... En ce qui concerne le droit des biens, selon lui, les différences concernent vraisemblablement des questions de procédure plutôt que des principes, surtout pour les biens meubles. Il admet que, pour le droit immobilier, les règles locales doivent être modifiées avec beaucoup de prudence et après mûre réflexion. Il incline à croire que les règles de la procédure civile anglaise devraient s'appliquer immédiatement. Bien qu'elles puissent représenter un fardeau aux yeux des Canadiens, il suggère de leur rappeler le mot de Montesquieu : « les longueurs, les dangers même de la justice, sont le prix que chaque citoyen donne pour sa liberté »⁴⁰. Il ne voit pas le moindre inconvénient à s'écarter des règles anglaises concernant l'aliénation de propriétés. En définitive, il souhaite qu'un digeste contenant les modifications apportées aux lois du Canada soit adopté par la nouvelle législature le plus rapidement possible.

Le 14 avril 1766, à la requête du gouvernement, Charles Yorke et William de Grey, respectivement procureur général et solliciteur général de Grande-Bretagne, formulent leurs recommandations après avoir analysé une série de mémoires ou de pétitions provenant aussi bien de sujets « anglais que français ». Ils adoptent une position fort différente de celle de Walker. Selon eux, le roi n'a jamais eu l'intention d'agir « avec la main rude du conquérant » et d'abroger entièrement le droit de la Nouvelle-

40. Charles Louis de Secondat MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Genève, Barillot & fils, [1748], Livre VI, c. 2, en ligne : <http://dx.doi.org/doi:10.1522/cla.moc.del1> (consulté le 30 septembre 2014).

France⁴¹. Les nouveaux sujets britanniques, d'origine française, bénéficient des avantages des lois anglaises dans la mesure où « leurs vies, leurs libertés et leurs propriétés » sont protégées efficacement; il ne saurait être question d'introduire « des mesures nouvelles et arbitraires » en matière immobilière ou successorale, car cela tendrait davantage à « confondre et à subvertir les droits qu'à les confirmer »⁴². Pour ce qui concerne les contrats et la responsabilité extracontractuelle, « les principes essentiels de la justice sont partout les mêmes », bien que les règles de procédure et de preuve puissent varier. En se fondant sur ces « maximes essentielles », les juges ne peuvent « commettre d'erreur contre les lois anglaises ou les anciennes coutumes du Canada »⁴³.

En matière immobilière, les coutumes anciennes doivent donc demeurer en vigueur. Les anciens sujets britanniques qui achètent des terres dans la colonie « doivent se conformer aux règles locales », comme dans certaines parties du royaume ou dans les autres possessions de la Couronne⁴⁴. La « fermeté et la douceur de l'administration de la justice anglaise » seront bien davantage ressenties en droit public, « dans les cas [...] concernant la vie, la liberté et la propriété du sujet », plutôt qu'en imposant « les règles suivies en Angleterre à l'égard de propriétés mobilières et immobilières »⁴⁵. Ils concluent : « Cette fermeté et cette douceur sont les avantages que Sa Majesté se proposait d'octroyer par sa proclamation »⁴⁶.

En 1766, un projet d'instructions est préparé à Londres, afin que le conseil du gouverneur édicte une ordonnance rétablissant le droit de la Nouvelle-France en matière immobilière. Toutefois, le lord chancelier Northington estime qu'une telle modification doit être autorisée par une loi britannique, ce qui précipite un

41. *Rapport du procureur général et du solliciteur général au sujet du gouvernement civil de Québec, D.C. I, p. 222, à la page 223 (14 avril 1766).*

42. *Id.*

43. *Id.*, p. 226 et 227.

44. *Id.*, p. 227.

45. *Id.*

46. *Id.*

changement de gouvernement, en juin 1766; il exige en outre qu'un code du droit de la Nouvelle-France soit préparé, afin que le Cabinet puisse prendre une décision éclairée⁴⁷. En 1767, le nouveau lord chancelier, Charles Pratt, comte de Camden, s'oppose lui aussi à l'envoi d'instructions prévoyant l'application des coutumes locales. Le 28 août, le Conseil privé ordonne plutôt au gouverneur, au juge en chef et au procureur général de la province de présenter un rapport sur les problèmes concernant l'administration de la justice, ainsi que sur les plaintes des « Canadiens », c'est-à-dire des francophones⁴⁸.

Le procureur général de la province est alors Francis Maseres, un Britannique d'ascendance huguenote qui parle et comprend le français. Il rédige un document sur le gouvernement et l'administration de la justice en Nouvelle-France qui a été publié en 1857 sans attribution d'auteur. En réalité, le manuscrit a été relié avec un document imprimé en 1790, sans que cela soit indiqué sur la couverture; il se trouve au Centre de référence de l'Amérique française de Québec⁴⁹. En commentant les règles suivies en Nouvelle-France, Maseres ne craint pas de jeter un regard critique sur les institutions de son pays. À son avis, en Nouvelle-France, le procureur du roi écarte systématiquement les dénonciations qui lui paraissent mal fondées, ce que les juges de paix d'Angleterre font rarement. Par conséquent, dans ce dernier pays, une personne innocente qui est accusée d'avoir commis un crime grave peut croupir en prison pendant plusieurs mois avant de subir son procès et d'être innocentée. En effet, le magistrat qui la renvoie à procès est souvent une personne ignorante et incapable, dont les

47. Robert Aarthur HUMPHREYS et Seaman MORLEY SCOTT, « Lord Northington and the Laws of Canada », (1933) 14 *C.H.R.* 42, 48.

48. *D.C. I*, p. 259; R.A. HUMPHREYS et S. MORLEY SCOTT, préc., note 47, p. 52.

49. *Extract of the proceedings of a committee of the whole Council : under the following order of reference relative to a conversion of the present tenures in the province of Quebec into that of free and common soccage, 1790* (Fonds ancien, Bibliothèque du Séminaire de Québec). Bien que nous croyons avoir découvert le manuscrit original, l'identité de l'auteur fait consensus depuis longtemps (S. MORLEY SCOTT, « The Authorship of Certain Papers in the *Lower Canada Jurist* », (1929) 10 (4) *C.H.R.* 335).

procédures judiciaires et la nature des preuves lui sont peu familières⁵⁰.

Maseres ne tarit pas d'éloges sur la compétence judiciaire qui était attribuée aux seigneurs pour les causes mineures; il ignore qu'elle était rarement exercée en Nouvelle-France. Ce système lui semble préférable à celui des juges de paix, en raison de sa proximité pour les justiciables, du recours efficace qu'il offre pour la perception des redevances seigneuriales et de la subordination modérée et raisonnable qu'il perpétue envers les seigneurs⁵¹. Il précise que l'absence de distinctions sociales et l'esprit de nivellement qui en découle sont à l'origine des troubles survenus dans les colonies américaines. Il croit également que les seigneurs devraient être indemnisés pour la perte de revenu liée à la suppression des juridictions seigneuriales. Il affirme que depuis l'adoption de l'ordonnance sur la justice de 1764, les baillis, des officiers de justice élus dans chaque paroisse, sont illettrés et s'acquittent mal de leurs tâches, contrairement aux capitaines de milice qu'ils ont remplacés⁵². Avec le temps, son opinion des seigneurs changera du tout au tout⁵³.

Convaincu que la Proclamation royale a introduit le droit anglais, il souligne que la population dans son ensemble n'a pas pris conscience des désavantages découlant de ce changement : par exemple, elle ignore que dans le cadre des successions *ab intestat*, les fils cadets sont déshérités par leur aîné et que bien d'autres

50. Francis MASERES, « A View of the Civil Government and Administration of Justice in the Province of Canada while it was Subject to the Crown of France » (ci-après « A View [...] »), (1857) 1 *Lower Canada Jurist* 1, 5 (Addendum avec pagination indépendante).

51. *Id.*, p. 11.

52. *Id.*, p. 18; voir Donald FYSON, « Les dynamiques politiques locales et la justice au Québec entre la Conquête et les Rébellions », (2007) 16 (1) *Bulletin d'histoire politique* 337.

53. Voir Francis MASERES, *The Canadian Freeholder*, vol. 1, Londres, B. White, 1776, p. 12, où il prête les propos suivants à un « Canadien » imaginaire: « Our noblesse (those hungry cormorants, who are too proud to cultivate their lands, as we do, or to follow any useful trade for their subsistence, and too poor to live upon their fortunes,) [...] ».

règles diffèrent considérablement des anciennes, tout comme celles concernant l'administration des biens des mineurs⁵⁴. En outre, l'introduction des règles concernant les substitutions, les fiducies et l'interprétation des testaments multiplierait les procès par cent et jetterait la population, y inclus les avocats, dans un état de confusion inextricable⁵⁵.

Maseres propose alors le premier de ses plans pour modifier le droit de la province⁵⁶. Il souhaite faire revivre en grande partie, si ce n'est entièrement, les lois et les usages suivis avant la Conquête, notamment pour le droit immobilier et celui des successions. À cette fin, des juristes francophones devront rédiger un code complet contenant l'ensemble de ces règles, accompagnées de commentaires explicatifs et d'exemples. Maseres rappelle que Guillaume le Conquérant (qui règne de 1066 à 1087) et Édouard I (qui règne de 1272 à 1307) ont procédé de manière analogue en Angleterre... Après avoir obtenu l'approbation de la communauté juridique, le code doit être soumis à l'attention du gouvernement britannique afin de déterminer si des modifications sont nécessaires, puis être approuvé par une Proclamation royale ou par une loi du parlement. Par la suite, des ordonnances pourraient effectuer d'autres modifications, mais aucune autre source d'origine française ne saurait être invoquée ni citée devant les tribunaux, de manière à ce que des avocats anglais puissent être nommés juges dans la province. Autrement, il n'hésite pas à écrire que seuls les avocats du barreau de Paris auraient la compétence requise pour accéder à la magistrature⁵⁷.

Le code dont Maseres propose la rédaction doit inclure les règles de droit pénal appliquées avant la Conquête, car elles sont les mieux adaptées aux besoins de la province. En raison de leur incompatibilité avec l'esprit de la Constitution britannique, il exclut

54. F. MASERES, préc., note 50, p. 22-24.

55. *Id.*, p. 24.

56. Francis MASERES, « A Plan for Settling the Laws and the Administration of Justice in the Province of Quebec » (ci-après « A Plan [...] », (1857) 1 *Lower Canada Jurist*, 25-48.

57. *Id.*, p. 25-27.

toutefois de cette proposition le supplice de la roue imposé à certains condamnés à mort, l'utilisation de la torture pour extorquer des aveux, dont il semble ignorer l'utilisation rarissime en Nouvelle-France, ainsi que le pouvoir reconnu au roi de détenir un individu qui n'est pas accusé d'un crime, par le biais des célèbres lettres de cachet⁵⁸. Si l'on décide plutôt que le droit pénal anglais doit s'appliquer, plusieurs modifications doivent être effectuées dès le départ. Par exemple, il faut abolir le bénéfice de clergie, qui permet à un accusé d'échapper, dans certains cas, à la peine de mort en récitant un verset de la Bible et en étant marqué au fer rouge (bien que le fer soit rarement chauffé); il en va de même de la peine forte et dure, par laquelle un accusé refusant de subir son procès devant jury meurt écrasé sous des pierres⁵⁹; et le nombre très élevé de crimes capitaux doit être considérablement réduit⁶⁰.

Maseres n'ignore pas « à quel point de nombreux anglais sont fortement persuadés de la supériorité des lois anglaises sur celles des autres nations ». Il doute cependant que « cette opinion soit autre chose qu'un préjugé national »⁶¹. À son avis, des textes adoptés depuis plus de six siècles sont difficilement intelligibles et entièrement dépourvus de méthode ou d'uniformité. C'est plutôt la Constitution qui protège la liberté des Britanniques d'une manière admirable⁶². Il soutient également que seul le Parlement a le pouvoir d'abroger le droit de la Nouvelle-France. Par conséquent, le roi ne pouvait pas adopter la Proclamation royale, une opinion qu'il a fait imprimer en Angleterre en 1766 peu après qu'il a été nommé procureur général de la province et qu'il répètera à plusieurs

58. *Id.*, p. 27. La torture a été utilisée à trois reprises de 1712 à 1748, dans moins de 1 % des cas: André LACHANCE, *La justice criminelle du roi au Canada au XVIIIe siècle: tribunaux et officiers de justice*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1978, p. 84 et 140.

59. Cette procédure fut abolie en 1772 par une loi qui s'appliquait aussi bien en Angleterre que dans les colonies (*An Act for the more effectual proceeding against Persons standing Mute on their Arraignment for Felony or Piracy*, 1772 (Imp.), 12 Geo. III. c. 20)).

60. *Id.*, p. 27.

61. *Id.*, p. 33.

62. *Id.*, p. 33.

reprises par la suite⁶³. Après l'adoption de l'Acte de Québec, cette thèse sera rejetée par la Cour du banc du roi en novembre 1774, une possibilité dont il est sans doute conscient en écrivant ses rapports⁶⁴.

En février 1769, en réponse à la demande de Londres adressée au gouverneur, au juge en chef et au procureur général, Maseres rédige un projet où il rappelle que les Canadiens semblent tenir pour acquis que l'ancien droit s'applique en matière immobilière et successorale⁶⁵. Il propose une réorganisation du système judiciaire afin de remédier aux problèmes de coûts et aux délais qui l'affligent. Il offre aussi quatre pistes de solution : 1) l'adoption d'un nouveau code exhaustif; 2) le rétablissement des anciennes lois françaises, avec l'introduction de quelques règles anglaises; 3) le maintien du droit anglais, en indiquant dans quel cas précis les anciennes règles françaises doivent subsister et 4) une variante du cas précédent, soit l'énumération et la reproduction intégrale des règles d'origine française qui doivent demeurer en vigueur, plutôt que la mention des sujets auxquels elles s'appliquent⁶⁶.

Dans son esprit, l'adoption d'un code exhaustif faciliterait la connaissance du droit en vigueur. Cette mesure « ferait disparaître chez les Canadiens toute idée de l'excellence des lois et du

63. « Considerations on the expediency of procuring an act of Parliament for the Settlement of the Province of Quebec », reproduit dans *Occasional Essays on various subjects, chiefly political and historical*, Londres, Robert Wilks, 1809, p. 327-364; M. MORIN, préc., note 23, p. 155.

64. *Campbell c. Hall*, préc., note 7. Pour la date du 22 novembre, voir Henry COWPER, *Reports of Cases Adjudged in the Court of King's Bench: From Hilary Term, the 14th of George III. 1774, to Trinity Term, the 18th of George III. 1778*, 2nd ed., London, A. Strahan, 1800, vol. 1, p. 197 et 204; Capel LOFFT indique plutôt que la décision a été rendue le 28 novembre (*Reports of Cases Adjudged in the Court of King's Bench: From Easter Term 12 Geo. 3. to Michaelmas 14 Geo. 3 (both Inclusive), 1772-1774*, Dublin, James Moore, 1790, p. 738).

65. *D.C.I.*, p. 302 (voir aussi W.P.M. KENNEDY et Gustave LANCTOT (dir.), *Rapports sur les lois de Québec, 1767-1770*, Publications des Archives publiques du Canada n° 12, Ottawa, F.A. Ackland, 1931, p. 14).

66. *Id.*, p. 341 et 342, 348.

gouvernement français, de la supériorité du savoir-faire et de la science des avocats et des juges français », sans doute parce que les décisions des juges susciteraient l'admiration des juristes de la colonie. L'absence d'un « sentiment de vénération » pour la littérature juridique française favoriserait inévitablement le développement au sein de la population d'un sentiment de reconnaissance envers le nouveau gouvernement⁶⁷. Précisons à cet égard qu'à cette époque, deux synthèses du droit de la Nouvelle-France sont préparées à la demande du gouvernement colonial. La première est l'œuvre de François-Joseph Cugnet, un seigneur occupant le poste de traducteur officiel et diverses fonctions officielles; la seconde est rédigée par un groupe de gens influents comprenant certains ecclésiastiques. Elles sont d'ailleurs publiées à Londres après un délai de quelques années⁶⁸.

Insatisfait de ces propositions, Carleton présente son propre rapport, avec l'accord partiel du juge en chef⁶⁹. Fermement opposés à l'introduction intégrale du droit anglais, ils croient que les sujets du roi nouvellement établis au Québec depuis la Conquête ont droit à certains avantages et droits particuliers reconnus par la Constitution britannique. À leur avis, les Canadiens se déclarent satisfaits du droit pénal anglais, qui doit pour cette raison être conservé, sous réserve des révisions et des adaptations que pourra éventuellement effectuer le Conseil de la province. Ils recommandent l'adoption de la loi anglaise de 1679 sur l'*habeas corpus* – ce recours ne faisant pas partie à cette époque des règles de droit pénal – ainsi que l'octroi du droit d'obtenir un procès devant jury dans le cas des actions en dommages⁷⁰. Ils acceptent que, dans un premier temps, la Coutume de Paris soit interprétée à la lumière de la jurisprudence et de la doctrine parisiennes; toutefois, après que ces règles auront été refondues et modifiées par des ordonnances provinciales, « il ne sera plus question des livres de

67. *Id.*, p. 344 et 345.

68. M. MORIN, préc., note 23, p. 159; Sylvio NORMAND, « François-Joseph Cugnet et la reconstitution du droit de la Nouvelle-France », (2002) 1 *Cahiers aixois d'histoire des droits de l'outre-mer français* 127.

69. W.P.M. KENNEDY et G. LANCTÔT, préc., note 65, p. 53.

70. *Id.*, p. 70 et 71.

droit français ou des décisions du parlement de Paris ». Enfin, le droit commercial et maritime anglais, ainsi que la « coutume des marchands », doivent s'appliquer dans la province⁷¹.

Le juge en chef William Hey reconnaît que la « multitude » de règles composant le droit anglais sème facilement la confusion, car elles se composent « d'un grand nombre de règlements municipaux et de décisions judiciaires » qui sont difficilement accessibles⁷². Il s'oppose cependant au rétablissement intégral des lois canadiennes, car les juristes canadiens appelés à appliquer les édits des rois de France et la jurisprudence du Parlement de Paris éprouveront un sentiment de nostalgie. Avec le temps, il deviendra même nécessaire de nommer juge des avocats canadiens, ce qu'il semble considérer comme inacceptable, sans élaborer davantage⁷³. Néanmoins, les règles d'origine française doivent être conservées pour les questions de droit immobilier, des successions et des régimes matrimoniaux. Dans ces domaines, il faut préserver la province des « nombreux germes de dissensions suscitées par les règles anglaises », tout comme dans celui de la procédure civile, car cette « partie considérable et compliquée des lois anglaises » permet de présenter des objections tendant « souvent à ralentir la marche de la justice ou à fausser le sens d'une loi »⁷⁴.

Maseres s'oppose à son tour à la recommandation de Carleton, car elle ne favorise pas la coupure avec les sources françaises. Il révèle alors sa préférence pour une codification exhaustive du droit pénal et du droit civil de la province⁷⁵. À défaut, il croit que seules les règles du droit immobilier, successoral et matrimonial suivies en Nouvelle-France doivent être remises en vigueur. Les premières sont protégées par la Capitulation de Montréal, tandis que les secondes peuvent être modifiées malgré ce

71. *Id.*, p. 74.

72. *Id.*, p. 79.

73. *Id.*, p. 78.

74. *Id.*, p. 81.

75. *D.C. I*, p. 352 et 353.

document, mais par des textes mûris de longue date, ce qui justifie leur maintien provisoire⁷⁶.

De 1766 à 1769, le gouvernement britannique est donc confronté à de nombreuses opinions contradictoires concernant l'avenir du système juridique de la nouvelle province de Québec. Contrairement à l'interprétation large de la Proclamation royale préconisée entre autres par Fowler Walker, le procureur général Yorke et le solliciteur général De Grey limitent pour l'essentiel l'introduction du droit anglais au droit pénal. Le gouvernement souhaite entériner cette interprétation, mais le chancelier Northington s'y oppose. Par la suite, le Cabinet se contente de solliciter des recommandations du gouverneur, du juge en chef et du procureur général de la province.

Les rapports rédigés par ces derniers se rejoignent sur plusieurs points. Le droit immobilier, successoral et matrimonial de la Nouvelle-France, qui n'a peut-être pas été abrogé entièrement, doit être rétabli. Les autres parties du droit privé doivent être révisées en priorité par des ordonnances provinciales, afin de les rapprocher du droit anglais. Dès que cela sera fait, il faudra interdire le recours à la doctrine et à la jurisprudence françaises. Hey et Maseres ne souhaitent pas conserver les autres parties du droit privé de la Nouvelle-France, mais ils n'excluent pas des adaptations et des mesures de transition. Si Carleton prône le rétablissement intégral de ce droit, c'est à titre provisoire, jusqu'à ce qu'il perde son individualité après avoir été figé dans un texte local ayant force de loi. Dans l'ensemble, ces propositions sont assez proches de la vision de Yorke et de de Grey.

En ce qui concerne le droit pénal de la Nouvelle-France, Maseres envisage son intégration dans un code de ce genre, en accordant du même souffle à l'accusé certaines garanties procédurales du droit anglais. Il insiste encore davantage que Hey sur la nécessité d'empêcher, dans tous les domaines, l'utilisation de la doctrine et de la jurisprudence françaises après l'adoption

76. *Id.*, p. 354-356.

d'une telle ordonnance. Maseres rentre définitivement à Londres en 1769, suivi de Carleton en 1770 et du juge en chef en 1773. Ils continueront donc de défendre leurs thèses dans la capitale et devant le Parlement.

III. Les propositions et rapports londoniens, 1771-1774

De retour en Angleterre, Maseres espère influencer sur la politique du gouvernement. Il prépare et fait imprimer à compte d'auteur divers projets de loi prévoyant l'intégration graduelle du clergé dans le giron de l'Église anglicane, la création d'un conseil législatif composé exclusivement de protestants et l'instauration de nouvelles règles successorales qui ne seraient ni anglaises ni françaises. François-Joseph Cugnet rédige à propos de ce dernier projet des commentaires virulents. La réponse en langue française de Maseres, qui compte 159 pages, est également imprimée puis envoyée à certains de ses correspondants au Québec. Nous y lisons que Cugnet considère l'imposition du droit pénal anglais inévitable suite à la Conquête et qu'il approuve l'octroi de l'*habeas corpus* et de la liberté de tester anglaise⁷⁷. Différentes propositions de réforme sont donc diffusées sur la scène londonienne. L'idée que le droit pénal anglais est très largement accepté continue de s'ancrer dans les esprits. Les débats concernent plutôt le régime constitutionnel et le droit privé.

En 1771, le gouvernement demande à ses conseillers juridiques d'examiner les rapports de 1769 et de formuler leurs recommandations. Le 6 décembre 1772, le solliciteur général s'exécute⁷⁸. Des extraits du document original ont été publiés par

77. M. MORIN, préc., note 23, p. 154-157.

78. *D.C. I*, p. 402. Alexander Wedderburn est admis au barreau d'Edimbourg en 1754; il a donc une formation en droit écossais, lequel se distingue de la common law et est fondé en grande partie sur le droit romain. Toutefois, il quitte cette ville en 1757 et est reçu avocat au Inner Temple de Londres la même année. En effet, de 1753 à 1757, il a participé aux activités de formation de celui-ci, qui sont peu exigeantes. Élu député en 1761, il joint en 1765 son mentor Grenville – dont le gouvernement a fait adopter la Loi sur les Timbres – dans l'opposition. Cela l'amène à démissionner de son poste de député en 1769, en appui à un candidat déclaré inéligible par la

Robert Christie en 1848⁷⁹, mais un premier jet, qui est généralement semblable aux parties de la version finale que nous connaissons, a survécu⁸⁰. Alexander Wedderburn croit qu'il est prématuré d'admettre les catholiques dans une Chambre élue, notamment parce qu'il en résulterait « d'inépuisables dissensions » et des « sentiments d'opposition » entre les Canadiens et les Britanniques établis dans la province. Le fait de permettre à tous les habitants de voter « dégoûterait et injurierait les personnes de condition [...] habituées à compter sur une ligne de démarcation prononcée entre le seigneur et le censitaire ». Cela ne serait pas profitable à « [...] ceux qui occupent un rang inférieur, car il est dangereux de permettre à ce dernier de s'élever au niveau de ses supérieurs par tout autre moyen que par ses propres efforts »⁸¹. Sur ce point, tous les conseillers du roi seront du même avis, sauf Thurlow, qui évite de se prononcer.

Pour ce qui concerne les règles applicables dans la colonie, Wedderburn estime qu'il ne saurait être question de privilégier un seul système (anglais ou français), car les coutumes des Canadiens sont devenues « inhérentes à leur nature » et doivent être respectées, dans la mesure où elles ne sont pas « incompatibles avec les principes du nouveau gouvernement »⁸². En revanche, il faut tenir compte des intérêts des sujets britanniques qui se sont établis dans

Chambre malgré sa victoire aux urnes, John Wilkes (voir M. MORIN, préc., note 12). Suite au décès de Grenville, Wedderburn se rallie rapidement au parti tory et au gouvernement de lord North, dont l'intransigeance face aux colonies nommé est bien connue. Il est nommé solliciteur général en 1771 (voir la notice tirée de la 9^e ou de la 10^e édition de *Encyclopaedia Britannica* disponible en ligne, <http://www.1902encyclopedia.com>; <http://www.oxforddnb.com/view/article/28954?docPos=60679>; <http://www.historyofparliamentonline.org/volume/1754-1790/member/wedderburn-alexander-1733-1805>).

79. Robert CHRISTIE, *A History of the Late Province of Lower Canada*, vol. 1, Montréal, 1848, p. 27.

80. La version sans intitulé du rapport de Wedderburn que nous avons en notre possession était conservée en 1979 à Lamport Hall, Northants, Angleterre, par Earl Fitzwilliams and his Trustees, *Wentworth Woodhouse Settled Estates*: A. MOREL, préc., note 14, p. 466.

81. *D.C. I*, p. 404.

82. *Id.*, p. 409.

la colonie. Il soutient que certaines lois anglaises sont « plus avantageuses à bien des égards » et peuvent être substituées à celles de la Nouvelle-France, car elles en diffèrent fort peu, de telle sorte que le changement passera inaperçu⁸³. Le droit immobilier et les successions *ab intestat* font toutefois exception à la règle. À cet égard, les règles appliquées avant la Conquête du Canada peuvent être reconnues par la common law, de la même manière qu'un manoir peut conserver une coutume successorale particulière en Angleterre.

En revanche, la forme de l'hommage féodal doit être simplifiée, tandis que les droits de retrait lignager ou féodal, accordés respectivement à certains membres de la famille ou au seigneur en cas de vente d'un immeuble, doivent être abolis. En effet, dans tous les pays, ceux-ci sont perçus comme un fardeau. En outre, tout Canadien célibataire et sans enfant âgé d'au moins vingt-cinq ans devrait pouvoir commuer une terre tenue directement de la Couronne afin qu'elle soit soumise aux règles du droit anglais⁸⁴. Certaines des modifications décrites ci-dessus doivent être effectuées par une loi du Parlement, les autres relevant plutôt du futur Conseil législatif⁸⁵.

S'inspirant en partie des propositions de Maseres, Wedderburn croit que pour se soustraire à l'application du droit anglais, les futurs époux doivent opter pour l'ancien droit de la Nouvelle-France dans leur contrat de mariage. Il préconise l'abolition des règles concernant les donations et la forme des testaments, ainsi que des règles de procédure en matière mobilière, rejetant ainsi les rapports de 1769, qui ne cessent de vanter la procédure suivie avant la Conquête. Il juge également préférable de

83. Pour les propositions résumées dans ce paragraphe et le suivant, voir A. WEDDERBURN, note 80, fos 8-11. Un résumé préparé par un auteur anonyme est publié dans *D.C. I*, p. 414.

84. Wedderburn n'explique pas pourquoi le droit d'obtenir une commutation doit être accordé uniquement aux célibataires majeurs. On peut penser qu'il tient compte des règles de la Coutume de Paris empêchant les parents de disposer de l'intégralité de leurs biens immeubles au préjudice de leurs héritiers.

85. Voir *D.C. I*, p. 412 et 414.

donner force de loi à la synthèse de l'ancien droit préparée au Québec, afin qu'elle constitue le seul texte reconnu en justice. Toutefois, si l'autorité de ce document devait s'avérer discutable, il faudra recourir aux usages pour clarifier la situation.

Pour Wedderburn, le droit pénal français de l'époque se compose de définitions « arbitraires et incertaines », ainsi que de procédures incompatibles avec les principes d'un gouvernement anglais. À son avis, la différence « entre la certitude et la douceur du droit pénal anglais, et la sévérité arbitraire du droit pénal français est tellement évidente, que le changement de ce droit est à lui seul suffisant pour réparer tous les maux découlant nécessairement de la Conquête »; « la sévérité arbitraire du droit pénal français » constitue vraisemblablement une allusion à la torture des accusés, au supplice de la roue et aux lettres de cachet⁸⁶. Toutefois, il faut excepter des règles anglaises le marquage au fer rouge des accusés obtenant le bénéfice de clergie et supprimer la peine de mort pour le vol d'un objet valant moins de cinq livres. Si le bref d'*habeas corpus* fait partie de la common law, il n'est peut-être pas opportun d'y adjoindre les garanties de la loi anglaise de 1679 avant de s'être assuré « de la fidélité et de l'attachement des Canadiens »⁸⁷.

Wedderburn ne peut admettre que la procédure civile française soit moins coûteuse et plus rapide que l'anglaise, compte tenu des critiques formulées en France à cet égard⁸⁸. Il écarte ainsi du revers de la main la description élogieuse comprise dans le rapport de 1769. Toutefois, une réforme du système judiciaire de la province lui semble indiquée⁸⁹. En matière contractuelle et pour la responsabilité civile extracontractuelle, selon lui, le droit anglais doit s'appliquer, car les principes de justice sont les mêmes dans tous les pays civilisés. La faculté accordée à chaque partie de demander un procès devant jury en matière civile doit être conservée; elle ne cause pas de préjudice à ceux qui ne souhaitent

86. A. WEDDERBURN, note 80, fo 11 (notre traduction).

87. *D.C. I*, p. 410.

88. *Id.*

89. A. WEDDERBURN, note 80, fos 14-15.

pas s'en prévaloir⁹⁰. En somme, une partie du droit ancien doit être rétablie en matière civile et jumelée au droit anglais, ainsi qu'aux « principes de justice naturelle et d'équité dans les cas qui ne dépendent pas des institutions locales »⁹¹. En outre, la teneur des coutumes suivies avant la Conquête doit être considérée comme un fait à prouver plutôt qu'une question à trancher en se fondant sur des jugements et des commentaires français. Nous sommes bien loin d'un rétablissement intégral du droit privé de la Nouvelle-France.

Le rapport de l'avocat général James Marriott, rédigé en 1773, concorde globalement avec celui de Wedderburn pour ce qui concerne le sort réservé aux anciennes lois⁹². À son avis, après la Conquête, le seul système de droit pénal qui peut s'appliquer est celui de l'Angleterre⁹³. L'idée de recourir à des règles de fond et à des règles de procédure provenant de systèmes différents lui semble « absurde »⁹⁴. En outre, les actions en recouvrement de taxes ne doivent pas être entendues par des jurys, « car des jurés intéressés chercheront toujours à exonérer tous ceux qui se rendront coupables de fraude sous ce rapport »; c'est d'ailleurs pour cette raison qu'ils n'entendent pas de réclamations fiscales en Angleterre⁹⁵. Une loi du Parlement doit rétablir le droit de la Nouvelle-France en matière immobilière, successorale, matrimoniale et contractuelle, sauf dans la mesure où les parties décident de s'y soustraire ou aliènent un bien conformément aux exigences du droit anglais. En outre, une synthèse préparée au

90. *Id.*, fo 17.

91. *Id.*, fo 19 (notre traduction).

92. James Marriott est reçu avocat au Doctors Commons en 1757, qui regroupe les avocats ayant étudié le droit romain, car celui-ci constitue une source de droit pertinente devant les tribunaux ecclésiastiques et d'amirauté (saisis de questions de droit maritime). En 1764, il est nommé avocat du roi (ou avocat général) devant ces tribunaux. Élu député en 1780, il appuie le gouvernement de lord North (<http://www.oxforddnb.com/view/article/18091>; <http://www.historyofparliamentonline.org/volume/1754-1790/member/marriott-sir-james-1730-1803>).

93. *D.C. I*, p. 435.

94. *Id.*, p. 448 et 449.

95. *Id.*, p. 464.

Québec doit être annexée à la loi et constituer la seule règle à suivre, « afin de bannir de l'esprit des sujets canadiens leurs idées de vénération à l'égard des édits de leur souverain d'autrefois et des arrêts des tribunaux de France »⁹⁶. Il se demande s'il est opportun d'adopter la loi anglaise de 1679 concernant l'*habeas corpus* « à cause des circonstances actuelles et des intentions de la cour de France dans le cas d'une guerre future »; si ce texte doit s'appliquer, il est peut-être souhaitable d'autoriser le conseil du gouverneur à le suspendre en cas de guerre, de rébellion ou d'insurrection⁹⁷.

Dans son rapport daté du 22 janvier 1773, le procureur général Edward Thurlow vient briser cette belle unanimité⁹⁸. Une portion inédite de son opinion rappelle qu'aux termes des directives données en 1766 au receveur général de la province, celui-ci devait réclamer les taxes et les droits féodaux perçus par la Couronne française avant la Conquête. Selon le gouvernement de l'époque, cette partie du droit français semble être demeurée en vigueur, bien que les jurys saisis de cette question rejettent toutes les actions intentées sur ce fondement⁹⁹. Il avoue ne pas comprendre comment

96. *Id.*, p. 457.

97. *Id.*, p. 459. La suite du rapport ne traite pas de droit pénal ou de droit privé : James MARRIOTT, *Plan of a Code of Laws for the Province of Quebec reported by the Advocate-General*, Londres, 1774.

98. *D.C. I*, p. 416; en 1758, Edward Thurlow est reçu avocat au Inner Temple de Londres. Élu député en 1765, il s'oppose aux revendications des colonies américaines; son opinion à cet égard ne variera pas. Il appuie les restrictions au droit au procès devant jury et à la liberté de presse, ainsi que la déclaration d'inéligibilité d'un candidat élu, John Wilkes (voir M. MORIN, préc., note 12). En mars 1770, il est nommé solliciteur général par le gouvernement de lord North; en janvier de l'année suivante, il devient procureur général (voir la notice tirée de la 9^e ou de la 10^e édition de *Encyclopaedia Britannica* disponible en ligne, <http://www.1902encyclopedia.com>; <http://www.oxforddnb.com/view/article/27406?docPos=1>; <http://www.historyofparliamentonline.org/volume/1754-1790/member/thurlow-edward-1731-1806>)

99. Nous croyons avoir découvert la version intégrale du rapport, qui est disponible en ligne : *Rapport de E. Thurlow [sic], procureur général, sur les lois, les cours de justice et le mode défectueux du gouvernement ...*, Centre de référence de l'Amérique Française, Fonds Georges-Barthélémy-Faribault, no p29/296 http://www.mcq.org/fr/complexe/craf_fonds/craf_fonds.

il est possible de soutenir que la Proclamation royale n'a pas abrogé les lois civiles du pays¹⁰⁰. En outre, celles-ci sont établies depuis longtemps; la population en a une connaissance diffuse et est attachée à ces coutumes. Pour cette raison, elle peut légitimement escompter qu'elles soient toutes remises en vigueur, aussi bien en droit privé qu'en droit pénal, afin de ne pas « donner lieu inutilement à des motifs de plaintes, de mécontentement et de manque de respect envers » le nouveau souverain¹⁰¹.

Thurlow admet qu'en cas de « nécessité pressante et impérieuse », le roi peut modifier la définition des crimes contre l'État, le statut des religions ou le système judiciaire. Toutefois, pour justifier un tel changement, il ne suffit pas d'invoquer l'opportunité « d'établir entre les différentes parties de l'empire une harmonie et une uniformité irréalisables » ou encore « d'enlever aux arguments d'un avocat tout recours aux savantes décisions du Parlement de Paris, de crainte d'entretenir au sein d'une population la notion historique de l'origine de ses lois »¹⁰². En moins de deux pages, Thurlow remet donc en question la principale justification des propositions formulées précédemment, invitant du même coup le Cabinet à reprendre la discussion sur des bases totalement différentes, au moment où il doit décider de la teneur de la future loi concernant la province de Québec. Par la suite, il ne sera d'ailleurs plus question d'interdire le recours à la jurisprudence et à la doctrine françaises.

IV. L'élaboration et l'adoption du projet de loi, 1773-1774

À la suite des troubles survenus à Boston le 16 décembre 1773 (le *Boston Tea Party*), de mars à juin 1774, le Parlement britannique adopte les lois dites intolérables. Celles-ci prévoient la fermeture du port de Boston, la suppression du pouvoir de nommer des officiers publics que l'Assemblée du Massachusetts

php?idEv=w513, ci-après « Rapport ») fo 22. Sur la prétendue survivance des taxes imposées sous le Régime français, voir M. MORIN, préc., note 31.

100. *D.C. I*, p. 422.

101. *Id.*, p. 424.

102. *Id.*, p. 425.

possédait jusque-là, la possibilité de faire juger des officiers royaux accusés d'avoir commis un crime dans une autre colonie ou même en Angleterre et celle de réquisitionner des bâtiments inoccupés pour y loger des troupes¹⁰³. L'Acte de Québec, sanctionné le 22 juin, est inclus dans ce groupe de lois considérées comme odieuses par les colons américains. En effet, il élargit les frontières de la province afin d'y inclure toute la région des Grands Lacs, jusqu'à la rivière Ohio; en outre, il institue un conseil législatif non élu, reconnaît aux catholiques le droit d'exercer une fonction publique et supprime la common law en droit privé¹⁰⁴.

Certains parlementaires de l'opposition croient que cette loi est destinée à attirer des mercenaires européens catholiques et à recruter des soldats parmi la population du Québec afin de pouvoir mater les colonies américaines, dans l'hypothèse où elles décideraient de se rebeller¹⁰⁵. La controverse sur les motivations du

-
103. *An Act to discontinue, in such manner, and for or such time as are therein mentioned, the landing and discharging, lading or shipping, of goods, wares, and merchandise, at the town, and within the harbour, of Boston, in the province of Massachuset's Bay, in North America, (1774 (G.-B.), 14 Geo. III, c. 19); An Act for or the impartial administration of justice in the cases of persons questioned for any acts done by them in the execution of the law, or for the suppression of riots and tumults, in the province of the Massachuset's Bay, in New England, (1774 (G.-B.), 14 Geo. III, c. 45); An Act for the better regulating the government of the province of the Massachuset's Bay, in New England, (1774 (G.-B.), 14 Geo. III, c. 39); An Act for the better providing suitable quarters for officers and soldiers in his Majesty's service in North America, (1774 (G.-B.), 14 Geo. III, c. 54).*
104. Voir par ex. D. MILOBAR, préc., note 11; Dominique GAURIER, « « Remarques sur l'Acte de Québec » d'Alexander Hamilton (écrites en 1775) – Une traduction et son Commentaires », (2008) 14 *Revue juridique polynésienne* 157.
105. Henry CAVENDISH, *Debates of the House of Commons in the year 1774 on the Bill for making a more effectual provision for the Government of the Province of Quebec*, S.R. Publishers, Johnson Reprint, 1966 [1839], p. 228 et 229 (voir aussi p. 62, 214); selon Lord Lyttleton, William Pitt, comte de Chatham, utilise un argument semblable, même si cela n'est pas mentionné dans le compte rendu de l'intervention de ce dernier à la Chambre des lords: voir Peter FORCE (dir.), *American Archives*, 4th series, vol. 1, Washington, M. St. Clair Clarke and Peter Force, p. 212 et 213 (<http://lincoln.lib.niu.edu/cgi-in/amarch/getdoc.pl?var/lib/philologic/databases/amarch/.123>).

gouvernement fait rage depuis ce temps¹⁰⁶. Cette interprétation est certainement excessive. Certes, dès 1767, Carleton a évoqué la possibilité d'utiliser les forces disponibles au Québec afin de mater les colonies du Sud¹⁰⁷. Lors des débats sur l'Acte de Québec à la Chambre des lords, lord Lyttleton présente une position plus juste. Il ne craint pas que la violence éclate en Amérique, mais si cela devait arriver, il ne voit pas pourquoi les « habitants loyaux du Canada » ne joindraient pas leurs forces à celles de l'Empire, afin de soumettre ceux qui veulent anéantir l'autorité royale au nom de la liberté, dans le but de fonder une république absolument indépendante¹⁰⁸.

-
106. Voir par exemple Hidla NEATBY, *The Quebec Act: Protest and Policy*, Scarborough, Prentice Hall, 1972; P. LAWSON, préc., note 14.
107. Carleton à Hillsborough, *D.C.I.*, p. 302-304.
108. P. FORCE, préc., note 105, p. 214 ("As to the idea of the noble Earl, that this political separation of Canada from the rest of America might be a means of dividing their interests, and that French Canada would in a future day be used as a proper instrument to quell British America, Lord Lyttelton said, he was not apprehensive of these consequences; but that if British America was determined to resist the lawful power and pre-eminence of Great Britain, he saw no reason why the loyal inhabitants of Canada should not co-operate with the rest of the Empire in subduing them, and bringing them to a right sense of their duty; and he thought it happy, that, from their local situation, they might be some check to those fierce fanatic spirits that, inflamed with the same zeal which animated the Round-heads in England, directed that zeal to the same purposes, to the demolition of regal authority, and to the subversion of all power which they did not themselves possess; that they were composed of the same leaven, and whilst they pretended to be contending for liberty, they were setting up an absolute independent Republic, and that the struggle was not for freedom, but power, which was proved from the whole tenor of their conduct, even to demonstration"). Certains opuscules tiennent pour acquis qu'en cas de rebellions des colonies situées plus au sud, le gouvernement britannique entend s'assurer du soutien de la population du Québec, voire lever des troupes parmi celle-ci: William MEREDITH, *A letter from Thomas Lord Lyttelton to William Pitt, Earl of Chatam on the Quebec Bill*, ed. par James Rivington, New York, 1774, p. 19; [ANONYME], *A letter to Sir William Meredith, Bart., in Answer to his late letter to the Earl of Chatham*, Londres, 1774, p. 39; [ANONYME], *Thoughts on the Quebec Act for making more Effectual Provision of the Government of the Province of Quebec*, Londres, T. Becket, 1774, p. 27 et 28; voir aussi D. MILOBAR, préc., note 11.

Il n'en demeure pas moins que les officiers de la Couronne étudient la situation du Québec depuis 1772 et que la préparation du projet de loi a débuté au cours de l'été de 1773, bien avant les troubles de Boston¹⁰⁹. L'Acte de Québec n'a donc pas été conçu dans le but de renforcer les forces militaires britanniques disponibles en cas de rébellion, même si cet avantage indirect a pu favoriser son adoption. Par contre, en 1774, le gouvernement tient certainement à trouver une solution au problème québécois, afin d'éliminer une source de mécontentement susceptible d'inciter une partie de la population à rejoindre le camp des rebelles américains. De ce point de vue, les deux problématiques et les cinq lois « intolérables » sont indissolublement liées.

Reste à savoir comment l'Acte de Québec a graduellement pris forme. En 1773, un point semble faire consensus. Il ne saurait être question de créer une chambre de députés, qu'elle soit composée exclusivement de protestants ou qu'elle inclut des catholiques. À cet égard, l'opinion de Wedderburn, partagée entre autres par Maseres, résume bien les arguments de ceux qui s'opposent à cette innovation¹¹⁰. Cela n'est guère surprenant, dans un contexte où les législatures coloniales américaines constituent une source constante d'irritation pour le gouvernement, au moins depuis une décennie¹¹¹. Comme il n'est pas envisageable d'autoriser un conseil non élu à imposer des taxes, une loi du Parlement britannique pourvoira à cela peu après l'adoption de l'Acte de Québec¹¹².

109. *D.C. I*, p. 518.

110. Voir ci-dessus, le texte correspondant à la note 80; *Carleton à Shelburne*, *D.C. I*, p. 268 (20 janvier 1768); *Maseres à Dartmouth*, *D.C. I*, p. 472 (4 janvier 1774). Le lieutenant John Marr, un ingénieur en poste à Québec de 1769 à 1779, rédige un document intitulé « A few Remarks on the Province of Quebec » qui est remis le 15 avril 1773 au Secrétaire d'État responsable de l'Amérique, le comte de Dartmouth (*Bibliothèques et Archives Canada*, ci-après « BAC », RG4 B17 vol. 2, 1823). Il consacre pas moins de 6 pages à expliquer les problèmes, insurmontables à son avis, que créeraient une Chambre de députés composée de protestants anglophones et de catholiques francophones (fol. 1794-1798).

111. M. MORIN, préc., note 12, p. 347-350.

112. *Acte du revenu de Québec*, *D.C. I*, p. 558 (*An Act to establish a fund towards further defraying the charges of the administration of justice and support*

Les documents de la collection Dartmouth, qui ne sont pas datés, nous donnent une idée générale de l'évolution du projet présenté au Parlement en mai 1774¹¹³. L'un d'eux énumère de manière sommaire les réformes à effectuer au Québec : « l'ancienne loi et la constitution d'autrefois » doivent être remises en vigueur; un conseil législatif non élu doit être créé, sous réserve des « restrictions jugées nécessaires »; les cours doivent ressembler autant que possible à celles qui existaient avant la Conquête; dans les cas de crimes capitaux, l'accusé doit avoir le « privilège d'être jugé par un jury, conformément aux lois d'Angleterre »; la torture et le supplice de la roue doivent être abolis, tandis que les tribunaux doivent avoir le pouvoir de délivrer un bref d'*habeas corpus*¹¹⁴. Il s'agit donc de remettre en vigueur le droit de la Nouvelle-France, à l'exclusion de certains points révoltants du droit pénal, en lui greffant les garanties procédurales de la common law.

Une première version du projet de loi déclare qu'il est impossible pour l'heure de convoquer une assemblée, ce qui justifie l'octroi du pouvoir législatif à un conseil non élu, avec certaines restrictions¹¹⁵. C'est donc à ce dernier qu'il incomberait de déterminer les parties du droit français devant être rétablies. Cette solution simple, voire simpliste, semble avoir été rapidement abandonnée. Une deuxième version, complétée le 2 mars 1774, semble inspirée par le rapport de Thurlow et les allusions vagues de celui-ci à la possibilité de s'écarter du droit de la Nouvelle-France pour ce qui concerne les crimes contre l'État¹¹⁶. Elle rappelle l'existence de doutes sérieux concernant la portée exacte de la

the civil government within the Province of Quebec in America, 1774 (G.-B.), 14 Geo. III, c. 88). La loi est modifiée l'année suivante (*D.C. I*, p. 558).

113. William Legge, 2^e comte de Dartmouth, occupe le poste de secrétaire d'État pour le Département de l'Amérique de 1772 à 1775. Il accumule à cette occasion une impressionnante collection de documents concernant les colonies américaines. En 1926, l'un de ses descendants remet ceux qui concernent plus particulièrement le Canada aux Archives publiques, devenues Bibliothèque et Archives Canada (voir la notice du fonds R9370-0-5-E, anciennement RG4 B17, <http://collectionscanada.gc.ca/search/>).

114. *D.C. I*, p. 518.

115. *D.C. I*, p. 519.

116. *D.C. I*, p. 425.

Proclamation royale et abroge expressément celle-ci, ainsi que les ordonnances adoptées ou les commissions délivrées sous son égide¹¹⁷. Une disposition semblable se retrouvera dans la troisième version et dans l'Acte de Québec. La deuxième version accorde également aux sujets britanniques ayant vécu en Nouvelle-France le droit de conserver leurs « propriétés, lois et coutumes et usages » comme si la Proclamation royale n'avait pas été adoptée, pour autant que cela soit compatible avec « leur allégeance et leur soumission à la couronne et au parlement de Grande-Bretagne ». Cette restriction, vague à souhait, est fortement critiquée par le juge en chef Hey, d'autant plus que la disposition en question ne semble pas applicable aux Britanniques établis au Québec depuis la Conquête¹¹⁸. Par ailleurs, cette version confie au futur Conseil législatif le soin d'adapter les règles du droit privé d'origine française.

Une autre disposition a pour objectif « l'abolition de la torture et de ces cruels châtimens auxquels les habitants du Canada étaient autrefois exposés ». Le droit anglais doit également s'appliquer intégralement dans les cas de procès pour haute trahison ou non-révélation d'attentat. Pour les autres crimes capitaux, les règles de fond doivent être celles suivies en Nouvelle-France, mais la procédure et les peines doivent être régies par celles de l'Angleterre, en particulier le bénéfice de clergie, qui permet à un condamné à mort d'avoir la vie sauve dans certains cas¹¹⁹.

Wedderburn, qui a écrit ce texte à la demande du ministre des colonies, Lord Dartmouth, fait remarquer à quel point il lui paraît « étrange » de juxtaposer le droit anglais en matière de trahison et le droit français concernant les crimes capitaux (d'autant plus que celui-ci ne contient à son avis aucune définition), en y greffant les règles de procédure et les peines prévues par le droit anglais. Au surplus, les autres crimes sont intégralement régis par le droit français, y incluent « les châtimens arbitraires qui

117. *D.C. I*, p. 521.

118. *D.C. I*, p. 524.

119. *D.C. I*, p. 525.

consistent à couper la langue, à trancher le nez, etc. »¹²⁰. Pour un ministre, l'idée de défendre devant le Parlement un projet autorisant de tels châtiments dans une colonie britannique devait être une vision d'horreur. Aussi n'entend-on plus parler du droit pénal français par la suite... Sans doute parce qu'il regrette cette décision, le procureur général Thurlow avoue, lors des débats parlementaires, qu'il eût préféré pouvoir s'inspirer davantage de la mentalité française¹²¹.

Wedderburn semble accorder une grande importance aux commentaires et aux suggestions du juge en chef Hey, qu'il consulte régulièrement¹²². Celui-ci s'oppose à un amalgame comme celui que prévoit la deuxième version. Selon lui, les Canadiens « se rendent parfaitement compte des avantages qu'ils peuvent tirer des lois anglaises et [...] font d'excellents jurés ». Il juge préférable de laisser au Conseil législatif le soin d'adapter le droit pénal anglais aux besoins de la colonie¹²³. Devant la Chambre des communes, après avoir rappelé l'apparente satisfaction des Canadiens à cet égard, il n'hésite pas à affirmer : « Je ne peux pas m'imaginer qu'ils soient stupides au point de désirer le droit français » en ce domaine¹²⁴. Pour Wedderburn comme pour Hey, le rétablissement du droit pénal français est tout simplement inimaginable.

La troisième version garantit les propriétés et les possessions des Canadiens avec la même restriction vague, c'est-à-dire dans la mesure où cela est compatible avec l'allégeance due au souverain et au Parlement britanniques. Pour la propriété et les droits civils, tous les litiges, qu'ils concernent les anciens ou les nouveaux sujets, doivent être jugés « conformément aux lois du Canada

120. *D.C. I*, p. 521.

121. H. CAVENDISH, préc., note 105, p. 37 (« I would have consulted the French habit to a much greater extent, if it had been for me to have framed the law »).

122. *D.C. I*, p. 521 et *D.C. I*, p. 524. Ces extraits contiennent tous les passages intéressants de la lettre originale (BANQ, Collection Dartmouth, MG 23 A 1, vol. 2, fo 2003-2006, 2 mars 1774).

123. *Id.*, p. 521.

124. H. CAVENDISH, préc., note 105, p. 158 (notre traduction): « I cannot conceive them so stupid as to wish for the French law ».

[plutôt qu'à celle] d'Angleterre ». En revanche, les tribunaux doivent se fonder à l'avenir sur les lois et les coutumes du Canada, ainsi que sur les ordonnances provinciales, sans qu'il soit possible d'invoquer aucune autre règle antérieure à la Conquête¹²⁵.

Il va de soi que la mention simultanée des lois d'Angleterre et des lois canadiennes, à l'exclusion des lois françaises, ne peut qu'engendrer une confusion continue. Le juge en chef Hey (et non pas Lord Mansfield, comme l'affirment Shortt et Doughty¹²⁶) ne manque pas de le signaler, à propos d'une disposition dont le texte exact semble avoir disparu. Celle-ci vise à exempter les anciens sujets britanniques des lois canadiennes; si tel est le cas, « elle formera une exception aussi étendue que la règle, car il n'en restera pas moins douteux en matière de droit civil, si la loi canadienne ou la loi anglaise, là où les deux diffèrent quant à la forme et au mode de procédure, doit avoir la préférence »¹²⁷.

Hey donne à cet égard un exemple d'un débat qu'il a dû trancher. La Coutume de Paris accorde une hypothèque aux constructeurs d'une maison afin de garantir le paiement de leurs services. Comme il s'agit d'un droit réel, l'immeuble demeure grevé en cas d'aliénation, peu importe le nombre de fois où cela se produit. Or, à cette époque, l'acheteur ultérieur peut fort bien ignorer l'existence de l'hypothèque. Au Québec, cette question a été soulevée en 1767 dans une action hypothécaire intentée devant la Cour des plaid communs, pour laquelle le défendeur a obtenu une évocation devant la Cour du banc du roi. Mais les demandeurs ont sollicité à leur tour de la Cour de chancellerie une injonction interdisant à cette cour d'entendre la cause¹²⁸. Nous n'avons pas

125. *D.C. I*, p. 530. La traduction française est défectueuse, car le mot en italiques ci-dessous a été omis: « [...] Resort shall be had to the Laws of Canada and *not* to the Laws of England [...] » (Adam SHORTT et Arthur G. DOUGHTY (dir.), *Documents relating to the Constitutional History of Canada, 1759-1791*, 2^e éd., Ottawa, J. de L. Taché, 1918, p. 545).

126. *D.C. I*, p. 534.

127. *Id.*

128. Sur la cour de chancellerie de 1764 à 1774, voir J. L'HEUREUX, préc., note 27; Michel MORIN, « La compétence *parens patriae* et le droit privé

retracé l'issue ultime des procédures, mais la situation dramatique de ces artisans mérite d'être soulignée¹²⁹:

Les dits Declarant sont hors d'Etat par le deffaut d'argent, par la Langue angloise qu'ils n'Entendent Point, par les Loix qui Peuvent y être différentes, de Suivre leur action et le Payement de leur Dû, qu'ayant contracté en Langue françoise et suivant les us et Coutume de cette Colonie ils Esperent qu'ils doivent estre Jugé par une cour d'Equité.

Enfin lesdits Declarants sont sur le Point d'être Poursuivi Journallement et Emprisonné pour leurs dettes qu'ils comptoient acquitter avec ce qui leur est Dû par Monsieur Rowe du bien duquel Monsieur Dunn S'est Emparé, Touchant et Jouissant du Revenu des deux Maisons que lesdits Declarants ont Construittes Sur lesquelles ils ont un Privilege Exclusif [...]

Se fondant sur la disposition qu'il a critiquée auparavant, Hey imagine que le propriétaire de l'immeuble pourrait présenter l'argument suivant¹³⁰:

Je ne reconnais pas ce mode de procédure et je ne suis pas lié par cette loi. *Tout privilège, toute protection et tout avantage* de quelque nature ou catégorie qu'ils soient, auxquels j'ai droit en vertu des lois et de la constitution du royaume d'Angleterre, me sont expressément réservés, entre autres, le procès par jury que je considère comme une prérogative manifeste. Que ces hommes présentent leur demande en dépossession basée sur leur titre d'hypothèque et qu'ils soumettent l'atteinte à un jury, conformément aux bons vieux modes et usages du royaume d'Angleterre et non en vertu d'une loi et d'un mode de procédure inconnus et inusités dans ce pays et qui portent atteinte aux droits d'un sujet britannique.

québécois: un emprunt inutile, un affront à l'histoire », (1990) 50 *R. du B.* 831.

129. B.A.C., RG4 B17 vol. 2.

130. *D.C. I*, p. 534.

Le texte proposé ne fournit aucun moyen de trancher cette question. Hey souligne que la disposition en question entend faire de « la loi canadienne en matière civile » la « loi générale de la province pour régir aussi bien la propriété d'un sujet anglais que celle d'un sujet canadien ». S'il est opportun de créer des exceptions « en faveur des sujets britanniques », il est indispensable d'indiquer clairement dans quel cas et dans quelles circonstances » elles trouvent application. Une « réserve générale comme celle que la clause renferme, n'aura aucun effet ou n'aboutira qu'à tout bouleverser »¹³¹.

On peut penser qu'après un tel argument, l'idée de mélanger les droits fondamentaux des sujets britanniques et les règles du droit privé de la Nouvelle-France a été rapidement abandonnée. Il en va sans doute de même de la thèse selon laquelle les différences entre les droits des contrats et des obligations français et anglais portent sur des questions de preuve et de procédure d'importance mineure. En effet, celles-ci peuvent s'avérer déterminantes pour l'issue d'un litige, comme le montre l'exemple analysé par Hey. Par ailleurs, un recours fondamental du droit anglais n'apparaît pas dans ces versions, soit l'*habeas corpus*. Cela n'est pas étonnant si l'on se rappelle l'hostilité de Wedderburn et de Marriott à cet égard. Les « droits civils » du Canada rétablis par l'Acte de Québec n'incluent évidemment pas un tel recours, ce qui fera craindre lors des débats parlementaires la résurgence des lettres de cachet françaises, tant honnies des Britanniques, en dépit du fait que celles-ci requièrent la signature personnelle du roi plutôt que celle de ses officiers; au surplus, elles ne semblent pas avoir été utilisées en Nouvelle-France¹³².

131. *Id.*

132. Francis MASERES, *An Account of the Proceedings of the British and other Protestant Inhabitants of the Province of Quebeck in North-America, in order to obtain An House of Assembly in that Province*, Londres, B. White, 1775, p. 228, 279-282; Francis MASERES, *Additional papers concerning the province of Quebeck: being an appendix to the book entitled, « An account of the proceedings of the British and other Protestant inhabitants of the province of Quebeck in North-America in order to obtain a house of assembly in that province »*, Londres, B. White, 1776, p. 229-21; voir par ex. H. CAVENDISH, préc., note 105, p. 21-23 et 133-136; discours de Lord Chatam

La troisième version du projet de loi prévoit cependant que le droit pénal anglais est maintenu intégralement¹³³. Pourtant, un seigneur séjournant à Londres, Michel-Chartier de Lotbinière, réclame à cette époque le rétablissement de cette partie du droit de la Nouvelle-France¹³⁴. Plusieurs documents ou commentaires signalent d'ailleurs que dans la province, les seigneurs sont profondément choqués par l'idée d'être jugés par des commerçants ou des gens qu'ils méprisent¹³⁵. Pour expliquer cette nouvelle orientation, outre l'hostilité farouche de Wedderburn et Hey envers le droit pénal français, on peut noter qu'en 1773, François-Joseph Cugnet rédige divers documents où il louange le droit pénal anglais. Il affirme également que les Canadiens sont très favorables à la liberté de tester accordée par le droit anglais. Il soutient que les juges britanniques pourront se familiariser avec le droit privé de la Nouvelle-France en lisant un petit nombre d'ouvrages dont il dresse la liste¹³⁶. Après avoir tenté sans succès de faire publier ses réflexions au Québec, il les envoie au célèbre William Blackstone¹³⁷. Celui-ci a été nommé juge en 1770; il les transmet à son tour au ministre¹³⁸.

à la Chambre des Lords, dans P. FORCE, préc., note 105, p. 212 (<http://lincoln.lib.niu.edu/cgi-in/amarch/getdoc.pl?var/lib/philologic/databases/amarch/.123>). Une historienne a trouvé un seul exemple d'une lettre de cachet signée par le roi, mais annulée par la suite: Josianne PAUL, *Exilés au nom du roi, les fils de famille et les faux-sauniers en Nouvelle-France, 1721-1749*, Sillery, Septentrion, 2008, p. 44 et 45.

133. D.C. I, p. 530.

134. Voir la note reproduite dans D.C. I, p. 533 et D.C. I, p. 546; A. MOREL, note 14, p. 469-473 et 494-500.

135. Douglas HAY, « The meaning of the Criminal Law in Quebec, 1764-1774 », dans Louis A. KNAFLA (dir.), *Crime and Criminal Justice in Europe and Canada*, Waterloo, Wilfrid Laurier University Press, 1981, p. 77-111; A. MOREL, préc., note 14, p. 498 et 499; J.L.J. EDWARDS, « The Advent of English (not French) Criminal Law and Procedure into Canada in 1771 – A close Call », (1983-84) 26 *Crim.L.Q.* 464.

136. Marine LELAND, « François-Joseph Cugnet 1720-1789 – X », (1963) 17 *Revue de l'Université Laval* 820, Appendice E, p. 838; Michael DORLAND et Maurice CHARLAND, *Law, Rhetoric and Irony in the Formation of Canadian Civil Culture*, Toronto, University of Toronto Press, 2002, p. 94-97.

137. Marine LELAND, « François-Joseph Cugnet 1720-1789 – XI », (1963) 18 *Revue de l'Université Laval* 339.

138. Voir M. MORIN, note 23, p. 162.

Or, la troisième version du projet de loi reconnaît pour la première fois la liberté illimitée de tester¹³⁹. Il est tentant de voir une relation de cause à effet entre la réception à une date indéterminée des documents envoyés par Cugnet et l'abandon du droit pénal français, ainsi que l'apparition de la liberté testamentaire dans l'Acte de Québec. Il n'existe cependant pas de preuve concluante à cet égard. Notons aussi que Cugnet réclame dans ses écrits la création d'une assemblée élue où pourraient siéger des catholiques. À défaut, il exige qu'il soit interdit au Conseil législatif de modifier les règles du droit privé de la province, ce qui montre qu'il a bien saisi les menaces planant sur la pérennité du droit d'origine française¹⁴⁰.

En ce qui concerne le procès devant jury en matière civile ou commerciale, outre la difficile coordination de celui-ci avec les règles de fond françaises, un autre argument est dirimant aux yeux du Cabinet. En effet, une lettre de lord Aspley datée du 15 mai 1774 souligne qu'il faut éviter à tout prix que les réclamations de taxes soient susceptibles d'être entendues par un jury¹⁴¹. Tout comme l'abolition de l'*habeas corpus*, l'élimination de ce type de procès suscite des protestations enflammées suite à l'adoption de l'Acte de Québec, notamment en raison du fait que le gouvernement britannique ne reconnaît pas le principe de l'indépendance judiciaire dans les colonies¹⁴². Le 31 mai 1774, les marchands londoniens faisant affaire au Québec réclament d'ailleurs un délai

139. D.C.I, p. 530; voir aussi André MOREL, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, L.G.D.J., 1960; Jean-Maurice BRISSON, « Entre le devoir et le sentiment : la liberté testamentaire en droit québécois (1774-1990) » dans *Recueils de la Société Jean Bodin*, vol. LXII, *Actes à cause de mort — Acts of Last Will*, Bruxelles, De Bœck, 1994, 277; Christine MORIN, *L'émergence des limites à la liberté de tester en droit québécois : étude sociojuridique de la production du droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.

140. D.C. I, p. 530.

141. BAN, Collection Dartmouth, MG 23 A 1, vol. 2, fos 2041.

142. Voir par ex. H. CAVENDISH, préc., note 105, p. 21, 97 et 258; D. MILOBAR, préc., note 11; David SCHNEIDERMAN, « Edmund Burke, John Whyte, and Themes in Canadian Constitutional Culture », (2006) 31 *Queen's L.J.* 578; sur l'importance du jury en matière civile dans les colonies britanniques, voir M. MORIN, préc., note 12, p. 350 et 51.

afin de pouvoir se retirer de la province et soumettre leurs réclamations à jury avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Bien entendu, ils préfèrent de beaucoup le maintien du droit commercial et du droit des obligations anglais, ainsi que du procès devant jury et de l'*habeas corpus*¹⁴³.

Le 3 juin, le conseil de la ville de Londres présente une pétition dénonçant l'abolition du droit anglais et d'une « partie sacrée » de celui-ci, soit le procès devant jury, car le rétablissement du droit français rendra à son avis « très précaires » la liberté personnelle et les biens¹⁴⁴. Le 22 juin, ce conseil présente une autre pétition au roi, afin de le dissuader de sanctionner le projet de loi. Il souligne que le procès devant jury, ce « merveilleux produit de la sagesse humaine », est supprimé en matière civile, ce qui rendra « incertains et précaires » les propriétés et les biens; en outre, il trouve inconcevable que la religion catholique, si « idolâtre et sanguinaire » soit reconnue officiellement¹⁴⁵. Dans cette perspective, l'Acte de Québec déroge aux principes fondamentaux de la Constitution britannique et retire aux Britanniques venus s'établir dans la province le bénéfice des lois anglaises qui leur a été promis par la Proclamation royale. Au cours des débats parlementaires, le premier ministre, lord North, réplique qu'en droit privé, il reviendra au Conseil législatif de déterminer dans quelle mesure il est possible de greffer des procédures anglaises aux règles de fond françaises, car cela ne peut réalistement être fait à distance¹⁴⁶. En ce qui concerne la question religieuse, en un mot

143. *D.C. I*, p. 495, 498 et 499; H. WELLAND, préc., note 5, p. 181 et 182.

144. « Petition of the Common Council of the City of London Against the Bill », P. FORCE, note 105, p. 194.

145. « Petition of the City of London to the King, Against the Bill », P. FORCE, note 105, p. 215.

146. H. CAVENDISH, note 105, p. 11-12, 235-236 et 256-257 (lord North); pour sa part, Wedderburn insiste sur la nécessité de laisser les mentalités des francophones évoluer avant de leur imposer des règles étrangères telles que le procès devant jury (p. 56, 272-275); à son avis, des objections peuvent être formulées contre n'importe quel projet de réforme du gouvernement de la colonie (p. 53). William Knox, le sous-secrétaire d'État pour l'Amérique, croit également que des questions telles que l'introduction du procès devant jury en matière civile doivent être décidées localement : William KNOX, *The justice and policy of the late Act of*

comme en mille, le gouvernement juge le modèle de l'île de Minorque préférable à celui de l'Irlande¹⁴⁷.

CONCLUSION

En 1774, le projet présenté au Parlement, qui sera adopté avec très peu de modifications, privilégie deux systèmes juridiques nationaux différents en droit privé et en droit pénal. Ceux-ci doivent servir de fondement aux modifications futures effectuées sur place par un conseil législatif. En effet, le gouvernement a renoncé à imposer dans la loi impériale des garanties qui pourraient difficilement être modifiées ou adaptées par la suite, à l'exception de la liberté de tester. En janvier 1775, les instructions au gouverneur prévoient que celui-ci doit examiner la possibilité d'accorder le droit à l'*habeas corpus* et de rétablir, en tout ou en partie, le droit anglais en matière commerciale ou contractuelle, ainsi que pour les actions en réparation de préjudices personnels¹⁴⁸. Le gouvernement n'a donc pas renoncé à l'amalgame des deux traditions juridiques. Toutefois, la rédaction d'ébauches truffées d'incohérences l'a convaincu du fait que l'introduction des règles anglaises dans un système d'origine française ne peut se faire à distance, en raison des nombreuses adaptations exigées par cette délicate opération, aussi bien en droit pénal qu'en droit privé d'ailleurs. En outre, l'idée d'empêcher les juristes du Québec de consulter les sources françaises a été considérée comme inutile ou irréaliste à ce stade, alors qu'au départ, il s'agit d'un aspect fondamental de la réforme.

En définitive, le gouvernement a privilégié les intérêts de l'État, notamment en refusant le droit à un procès devant jury ou à l'*habeas corpus*, avec les conséquences que l'on sait pendant la

Parliament for Making more Effectual Provision for the Government of the Province of Quebec Asserted and Proved, Londres, J. Wilkie, 1774, p. 58-61.

147. *Id.*, p. 6 et 7 (Thomas Townshend, pour l'opposition); W. KNOX, préc., note 146, p. 20-29.

148. *D.C. I*, p. 578, nos 12 et 13.

guerre de l'Indépendance américaine¹⁴⁹. L'annulation de la promesse de créer une chambre de députés et la décision de faire imposer des taxes par le Parlement britannique s'expliquent de la même manière. Les intérêts politiques des marchands d'origine britannique n'ont pas pesé bien lourd dans la balance, à une époque où un affrontement se prépare avec leurs homologues des autres colonies. En revanche, ceux des seigneurs, avec qui les ministres et les officiers coloniaux ont beaucoup d'affinité, ont été protégés de manière éclatante, tout comme ceux de l'Église catholique. En rétablissant intégralement le droit privé d'origine française dans le but de permettre au Conseil législatif de le modifier graduellement et de manière éclairée, le Cabinet n'a sans doute pas conscience d'être à la croisée des chemins. Seuls les hasards de l'histoire vont donner un caractère permanent au dualisme juridique créé en 1774, dont il n'est pas exagéré de dire qu'il constitue de nos jours une partie essentielle de l'identité québécoise.

149. J.-M. FECTEAU et D. HAY, préc., note 12.