



## Quand comparaison juridique n'est pas raison politique. Les juristes Britanniques et Canadiens-Français comme analystes des systèmes de common law et de droit civil en amont de l'Acte de Québec (1774)

**Résumé :** La conquête du Canada par les Britanniques en 1759-1763 ouvre une période d'intenses mutations et d'une certaine fébrilité sur le plan juridique et institutionnel. En l'espace de quinze ans, plusieurs orientations sont prises, obligeant à une évaluation comparatiste des droits français et anglais pour bâtir le futur juridique de la nouvelle colonie britannique. Jusqu'à l'Acte de Québec, les juristes d'origine britannique et française vont analyser, comparer les mérites de ces deux modèles juridiques, se critiquer largement, jusqu'à trouver une solution de compromis, permettant à la fois une adaptation du droit, mais aussi une appropriation identitaire caractéristique de la démarche juridique colonial, identifiant un véritable *Legal transplant*.

**Mots-clés :** Comparatisme – Acte de Québec – adaptation-appropriation – transplants juridiques – Hey – Cugnet – Maseres – droit colonial – Conquête du Canada

**Abstract:** The conquest of Canada by the British in 1759-63 opened a period of intense change and a degree of legal and institutional excitement. In the space of 15 years, several orientations were taken, requiring a comparative assessment of French and English law to build the legal future of the new British colony. Up until the Quebec Act, legal scholars of British and French origin analyzed and compared the merits of these two legal models –strongly criticized each other– until finding a compromise solution allowing for an adaptation of the law, and an appropriation of identity typical of the colonial legal approach, thus identifying a true Legal transplant.

**Keywords:** Comparatism–Quebec Act–adaptation-appropriation–legal transplants–Hey–Cugnet – Maseres – colonial law – Conquest of Canada

1. Jean Daniel Dumas, un soldat français qui a combattu durant la guerre de Sept ans, écrivait, dans son *Traité de la défense des colonies*, en 1775 :

La fureur des mémoires est devenue une espèce d'épidémie. [...] Il faut avoir servi et commandé dans les colonies pendant le temps d'effervescence pour connaître tout le danger de cet abus de l'émulation. [...] Tel est le vice de nos connaissances ; elles font confusion. L'homme de guerre ne parle que de la sûreté, de la conservation, de la défense ; le magistrat ne considère que l'ordre intérieur ; le politique n'aperçoit que la balance générale du commerce [...] tout le monde écrit et abonde dans son sens ; et les ministres s'arrêtent parce que tant de discours, tant d'écrits contradictoires portent nécessairement incertitudes<sup>1</sup>.

2. Il faut le reconnaître, à cette époque et au sujet du droit colonial, rares sont les travaux de doctrine juridique qui s'écartent de la défense de certains privilèges, ou de la critique politique du fait colonial. Dumas, dans son indignation, semble bien être confronté à une véritable pauvreté de la doctrine, au profit d'un caractère pamphlétaire et intéressé. Pour la colonisation de la Nouvelle-France, il faut attendre, paradoxalement, la conquête par les Britanniques du territoire pour découvrir une véritable analyse

<sup>1</sup> J.-D. Dumas, *Traité de la défense et de la conservation des colonies*, 1775, Centre de référence de l'Amérique française, Musée de la civilisation, fonds Viger, P32/0-91, p. 277-278.

juridique de celle-ci et, plus surprenant encore, cela génère un exercice de comparatisme juridique. Pourtant la Proclamation royale de 1763<sup>2</sup> qui intègre le nouveau territoire dans l'Empire britannique semble orienter simplement cette Province de Québec vers une application du droit britannique tant pour le droit public, le droit criminel<sup>3</sup> que le droit privé<sup>4</sup>. La proclamation prévoit que les tribunaux doivent appliquer la loi et l'équité conformément, autant que possible, aux lois anglaises<sup>5</sup>. Cette volonté affirmée de faire passer le territoire sous l'égide de la norme britannique est toutefois appliquée de manière pragmatique par les différents administrateurs locaux<sup>6</sup>.

3. Cette conquête ouvre néanmoins une période d'intenses mutations et d'une certaine fébrilité sur le plan juridique et institutionnel<sup>7</sup>. En l'espace de quinze ans, plusieurs orientations sont prises<sup>8</sup>. Si les anciennes lois françaises seront en définitive consacrées en matière de droit privé par l'Acte de Québec de 1774, il s'agira d'une décision d'opportunité en ligne avec le pragmatisme des administrateurs coloniaux<sup>9</sup> et les travaux des juristes canadiens français. *In fine*, en acceptant la redéfinition de la *Province of Quebec* en 1774, et la mise en place d'un système hybride réunissant *common law* et droit civil<sup>10</sup>, les britanniques jetteront les bases d'une nouvelle identité juridique québécoise.

4. Les administrateurs locaux et le gouvernement britannique mènent une réflexion conjointe sur le droit applicable au mieux des intérêts des colons et du pouvoir<sup>11</sup>. Dans ce dessein, ils initient plusieurs enquêtes et rapports qui donnent la possibilité à des juristes britanniques d'évaluer le droit applicable à la colonie et d'influer sur celui-ci. Le *Board of Trade*, institution économique maîtresse de la City, ainsi que le Conseil

2 « Proclamation royale du 7 oct. 1763 », *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, A. Shortt et A. G. Doughty (éd.), Ottawa, 2<sup>nd</sup> ed. T. Mulvey, Impr. du roi, 1921 (ci-après *D.C.I.*), p. 136.

3 Voir A. Morel, « La réception du droit criminel anglais au Québec (1760-1892) », *Revue Juridique Thémis* (ci-après *R.J.T.*), 13, 1978, p. 449 et *sq.*

4 Ce qui semble avoir été compris par les contemporains, notamment les marchands britanniques, ceux-ci considérant que « [...] Sa Majesté ayant accordé auxdits gouverneurs les pouvoirs d'élaborer avec le consentement dudit Conseil de Sa Majesté et des représentants du peuple de ladite province, convoqués tel que susdit et d'édicter des lois, des statuts et des ordonnances conformes autant que possible aux lois d'Angleterre, en vue de maintenir la paix publique dans ladite province de Sa Majesté et d'y assurer le bien-être et le bon gouvernement de la population, conformément aux règles et aux restrictions en usage dans les autres colonies » ; « Mémoire des marchands de Londres engagés dans le commerce avec Québec », *D.C.I.*, vol. 1, p. 495.

5 Le roi déclare dans sa proclamation qu'il a « donné aux gouverneurs de nos colonies sous notre grand sceau le pouvoir de créer et d'établir, de l'avis de nosdits conseils, des tribunaux et des cours de justice publique dans nos dites colonies pour entendre et juger toutes les causes aussi bien criminelles que civiles, suivant la loi et l'équité, conformément, autant que possible aux lois anglaises », « Proclamation royale », *D.C.I.*, p. 138.

6 Cela n'ira pas sans heurts tant du côté des canadiens français que du côté des nouveaux colons britanniques. Mesure phare de la proclamation, le serment du test, qui doit être prêté par toute personne souhaitant assurer des fonctions officielles, prive *de facto* les canadiens français catholiques des fonctions administratives et de judicatures de haut rang. Cette mesure aura pour effet de stigmatiser une identité canadienne française en formation. L'ordonnance du 17 septembre 1764 établissant les cours civiles vient préciser le cadre de l'application du droit dans la colonie. Elle établit des juridictions inspirées du modèle anglais, Cours des plaid communs et Cour du banc du roi où les juges catholiques ne peuvent pas siéger. Sur l'organisation du système judiciaire pour cette période, voir Jacques L'Heureux, « L'organisation judiciaire au Québec de 1764 à 1774 », « L'organisation judiciaire au Québec de 1764 à 1774 », *Revue Générale de Droit* (ci-après *R.G.D.*), 1, 1970, p. 266-331, p. 266-279.

7 Voir P. Tousignant, « L'incorporation de la province de Québec dans l'Empire britannique, 1763-1791 », *Dictionnaire biographique du Canada* [ci-après *D.B.C.*], vol. 4, Université Laval, Université de Toronto, 1982-2003, p. xxxiv-liiii.

8 Voir par exemple Michel Morin, « The Discovery and Assimilation of British Constitutional Law Principles in Quebec, 1764-1774 », *Dalhousie Law Journal*, vol. 36, n°2, 2013, p. 581-616 et « Les premières controverses concernant la justice au Québec sous le régime de la Proclamation royale de 1763 », P. Bastien, D. Fyson, J.-P. Garneau et T. Nootens (dir.), *Justice et espaces publics en Occident, du Moyen Âge à nos jours*, Québec, Presses universitaires de Québec, 2014, p. 147-156.

9 L'agitation qui se fait jour dans les treize colonies américaines à cette époque pousse le pouvoir britannique à adopter une source normative à laquelle les Canadiens français avaient prouvé leur attachement. Sur cette période voir Michel Morin, « Les changements de régimes juridiques consécutifs à la Conquête de 1760 », *Revue du barreau*, n°57, 1997, p. 689 et *sq.*

10 Voir, sur cette question, essentiellement les travaux d'Hilda Neatby et Evelyn Kolish : H. Neatby, *Quebec. The revolutionary age 1760-1791*, Toronto, McClelland and Stewart Ltd, 1966 et E. Kolish, *Nationalisme et conflits de droits : le débat du droit privé au Québec 1760-1840*, Québec, HMH, 1994.

11 Voir André Morel, « La réaction des Canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774 », *La revue du barreau de la province de Québec*, XX, 1960, p. 53-63.

privé, s'inquiètent de la situation juridique et sollicitent à partir de 1765 l'opinion des juristes britanniques. Certains canadiens français, sollicités par les gouverneurs locaux, vont également s'essayer au difficile exercice de la comparaison des systèmes et des droits, même si la tonalité de défense des droits marque fortement leur exercice. Présidant à cet exercice collectif de comparatisme, le gouvernement britannique fait preuve d'un certain pragmatisme et cherche à connaître à la fois le sentiment de la population, des marchands et les solutions juridiques efficaces qui s'offrent à lui pour l'administration de la nouvelle Province. Assez rapidement, les prises de position se cristallisent en faveur de la mise en place d'un système mixte, à dominante française en matière civile et d'essence britannique pour le droit public et le droit pénal. L'alliage était difficile entre deux droits dont les valeurs sont clairement opposées<sup>12</sup>, et il ne pouvait se faire sans un consensus large, tant du point de vue des juristes que de la population canadienne, c'est-à-dire d'origine française<sup>13</sup>. Le comparatisme permet alors de tenter de gagner l'opinion et de la conduire vers un consensus nécessairement indispensable, dans une colonie intensément divisée démographiquement, culturellement et juridiquement. Après avoir évoqué rapidement quels sont ces comparatistes et les méthodes, ou l'absence de méthodes scientifiques qui guident leurs travaux (I), il sera nécessaire de comparer les comparatismes, à notre tour (II), en traitant cette fois-ci du droit matériel, à travers certaines institutions des deux systèmes, comme le régime seigneurial, la procédure, le douaire, l'*habeas corpus*.

## I. Comment faire ressembler cette province « aux autres dominions de [Sa] Majesté sur ce continent » ?

5. L'intérêt de cette période est qu'elle donne l'occasion à des juristes « étrangers » au système civiliste de porter un avis sur les qualités de celui-ci, avant la codification de 1804, et dans le même temps d'exprimer certaines critiques sur le système de common law de leur époque. *In fine*, se pose la question de l'opportunité d'imposer les uns ou les autres à une population à très forte majorité française. Bien évidemment, les prises de position en faveur de l'un et l'autre système ne sont pas exemptes d'idéologie de la part des canadiens français comme des anglais comme nous le verrons en deuxième partie. Toutefois, un fort pragmatisme s'impose petit à petit de part et d'autre. Si un certain antagonisme s'affirme dans les premières années, l'enquête menée à la demande de Londres en 1769 posera les jalons d'un consensus qui permettra l'adoption de l'Acte de Québec en 1774 et donc une sorte de consécration législative de cet exercice de comparatisme. Aboutissant à un résultat tempéré, cette période de comparatisme bi-systémique est très largement marquée par les personnalités de ses acteurs (A), et par une certaine pauvreté des méthodes (B) de comparaison menée bien souvent sans véritable argumentation ou en l'absence de référence législative ou doctrinale. Le fait que ces comparatistes soient davantage des acteurs du système de justice et des rédacteurs du droit que des auteurs de doctrine explique peut-être cette faible ambition méthodologique et théorique.

### A. Les Acteurs

#### 1. Primauté aux auteurs britanniques

12 A. Morel, « Codification, insertion du droit nouveau », *Codification : valeurs et langage, Actes du colloque international de droit civil comparé (1981)*, Montréal, Conseil de la langue française, Université McGill et Université de Montréal, 1985, p. 369.

13 Le terme canadien désigne, à cette époque, les colons d'origine française et de langue française, implantés dans la colonie. Ce terme ne réfère en rien à la nationalité canadienne, qui apparaîtra avec la constitution du dominion Canada avec l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique, en 1867. On utilise en historiographie le terme canadien français pour identifier plus spécifiquement la population d'origine française vis-à-vis de l'implantation de colons d'origine britannique et de langue anglaise, à partir de 1760. Nous avons ajouté le terme français dans le présent texte afin d'appuyer l'origine culturelle des acteurs pour le lecteur.

6. Cet épisode de comparatisme juridique est tout d'abord le fait des juristes et administrateurs anglais. On trouve parmi ceux-ci différentes carrières, différentes fonctions, certaines idéologies qui gouvernent cette volonté de comparer droit civil d'origine française et droit anglais. L'un des plus actifs est le Procureur général de la Province, Maseres<sup>14</sup>. William Hey<sup>15</sup>, juge en chef de la province de Québec, est lui aussi productif, mais moins pamphlétiste que Maseres. À Londres, la fièvre comparatiste gagne également la magistrature, pour répondre aux questions du roi. Ainsi les procureurs généraux du roi, Charles Yorke (25 janvier 1762-16 décembre 1763 puis 17 septembre 1765-6 août 1766), Sir Fletcher Norton (16 décembre 1763-17 septembre 1765), William de Grey (également solliciteur général) (6 août 1766-26 janvier 1771), Edward Thurlow (26 janvier 1771-11 juin 1778) et Alexander Wedderburn (11 juin 1778-21 juillet 1780) seront amenés, dans cette fonction ou dans d'autres, à exercer leur comparatisme juridique.

7. Dans un premier temps, dans la colonie, le juge en chef William Gregory (1764-1766) et le procureur général George Suckling<sup>16</sup>, avaient affirmé que la Proclamation royale avait introduit les lois anglaises ; le

14 Il est l'auteur de la plus importante doctrine de cette période, essentiellement sur la question du système de justice de la province, du système légal et des choix entre système civiliste ou de common law, de la nécessité d'établir une chambre d'Assemblée dans la province mais aussi sur les questions religieuses, ainsi que sur l'opportunité législative d'un acte législatif tel que l'Acte de Québec. Voir essentiellement *Considerations on the expediency of procuring an act of parliament for the settlement of the province of Québec*, Londres, 1766 ; *Considerations on the expediency of admitting representatives from the American colonies into the British House of Commons*, Londres, 1770 ; *Draught of an act of parliament for settling the laws of the province of Québec*, Londres, 1772 ; *A draught of an act of parliament for tolerating the Roman Catholic religion in the province of Québec, and for encouraging and introducing the Protestant religion into the said province, and for vesting the lands belonging to certain religious houses in the said province in the crown of the kingdom for the support of the civil government of the said province and for other purposes*, Londres, 1772 ; *Things necessary to be settled in the province of Québec, either by the king's proclamation or order in council, or by act of parliament*, Londres, 1772 ; *Mémoire à la défense d'un plan d'acte de parlement pour l'établissement des lois de la province de Québec [...]*, Londres, 1773 ; *Réponse aux observations faites par Mr. François Joseph Cugnet, secrétaire du gouverneur & Conseil de la province de Québec pour la langue française, sur le plan d'acte de parlement pour l'établissement des lois de la dite province [...]*, [Londres], 1773 ; *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, 1775 ; *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, 1776 ; *The Canadian freeholder : in two dialogues between an Englishman and a Frenchman, settled in Canada, shewing the sentiments of the bulk of the freeholders of Canada concerning the late Quebeck-Act ; with some remarks on the Boston-Charter Act ; and an attempt to shew the great expediency of immediately repealing both those acts of parliament, and of making some other useful regulations and concessions to his majesty's American subjects, as a ground for a reconciliation with the united colonies in America*, 3 vol., Londres, 1777-1779 ; *Observations and reflections, on an act passed in the year, 1774, for the settlement of the province of Québec, intended to have been then printed for the use of the electors of Great Britain, but now first published*, Londres, 1782 ; *The case and claim of the American loyalists impartially stated and considered*, Londres, 1783 ; *The case of Peter Du Calvet, esq., of Montreal in the province of Quebeck : containing (amongst other things worth notice), an account of the long and severe imprisonment he suffered in the said province [...]* [Londres, 1784], écrit en collaboration avec Pierre Du Calvet et Peter Livius ; *Questions sur lesquelles on souhaite de savoir les réponses de monsieur Adhémar et de monsieur De Lisle et d'autres habitants de la province de Québec*, Londres, 1784 ; *Answer to an introduction to the observations made by the judges of the Court of Common Pleas, for the district of Québec, upon the oral and written testimony adduced upon the investigation, into the past administration of justice, ordered in consequence of an address of the Legislative Council, with remarks on the laws and government of Québec*, Londres, 1790. Voir essentiellement E. Arthur, « Francis Maseres », *D.B.C.*, vol. 6, Université Laval, Toronto University, 1987, [http://www.biographi.ca/fr/bio/maseres\\_francis\\_6F.html](http://www.biographi.ca/fr/bio/maseres_francis_6F.html), J. Mappin, *The political thought of Francis Maseres, attorney general of Canada, 1766-69*, mémoire de m.a., McGill Univ., Montréal, 1968 ; D. Gilles, « Les acteurs de la norme coloniale face au droit métropolitain : de l'adaptation à l'appropriation (Canada XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> s.) », *Clio@Thémis*, 4, 2011, [https://www.cliothemis.com/IMG/pdf/David\\_Gilles.pdf](https://www.cliothemis.com/IMG/pdf/David_Gilles.pdf), §. 48 et sq.

15 Voir P. Marshall, « William Hey », *D.B.C.*, vol. 4, Université Laval, Toronto University, 1980, [http://www.biographi.ca/fr/bio/hey\\_william\\_4F.html](http://www.biographi.ca/fr/bio/hey_william_4F.html)

16 Premier procureur général de la province nommé le 16 février 1764, à l'initiative des marchands londoniens, il rédige, avec le juge en chef William Gregory, l'ordonnance établissant des cours civiles. Néanmoins, l'historiographie le juge incompétent dans ses fonctions. Jacques L'Heureux le juge « plutôt médiocre et [il] ne connaissait ni la langue ni les lois françaises. Il s'entendait mal avec Gregory et fit même publier ses critiques à l'endroit du juge en chef dans un supplément de *la Gazette de Québec* du 23 mai 1765. Aussi Suckling fut-il destitué en 1766, à la demande de Murray, et remplacé par Francis Maseres » ; J. L'Heureux, « George Suckling », *D.B.C.*, vol. 4, Université Laval, University de Toronto, 2003, [http://www.biographi.ca/fr/bio/suckling\\_george\\_4F.html](http://www.biographi.ca/fr/bio/suckling_george_4F.html) ; A. L. Burt, *The Old province of Québec*, Toronto, Ryerson Press, 2 vol., 1968, vol. I, p. 77 s., 107-109, 129, 134 ; et J. L'Heureux, « L'organisation judiciaire au Québec 1764-1774 », *Revue générale de droit*, 1970, vol. 1, n°2, p. 266-331.

rapport du *Board of Trade* du 2 septembre 1765 allait indirectement dans le même sens. William Hey (juge en chef du 25 septembre 1766 à la fin 1776), se rend alors dans la colonie en compagnie de Francis Maseres –qui sera un éphémère procureur général pour celle-ci– afin de constater de visu la situation juridique. En Grande-Bretagne, le procureur général Charles Yorke<sup>17</sup> et le solliciteur général William de Grey<sup>18</sup> soutiennent, dans un rapport daté du 14 avril 1766, que la Proclamation royale n'a pas aboli toutes les lois françaises ; le successeur de Suckling, Francis Maseres, prétendait, dans un rapport présenté en 1766<sup>19</sup>, que la Proclamation royale n'avait pu changer les lois de la colonie, parce que seul le Parlement de la Grande-Bretagne avait un tel pouvoir. Plusieurs travaux sur la situation juridique de la colonie sont alors confiés à des juristes londoniens, notamment au procureur sir Fletcher Norton et au solliciteur général William de Grey<sup>20</sup> et à des juges ou juristes dans la colonie ou connaissant celle-ci, comme Maseres ou Hey.

8. Le Conseil privé n'entama officiellement la procédure que le 28 août 1767 afin de déterminer « si des défauts –et lesquels– subsistaient dans l'état actuel de la judicature » dans la province, quels griefs avaient été exprimés et quels changements étaient demandés par les Canadiens. Plus spécifiquement, la tâche est confiée à Maurice Morgann qui n'arriva à Québec que le 22 août 1768<sup>21</sup>. À son retour en Angleterre, en septembre 1769, Morgann présente trois rapports sur la situation juridique : deux présentaient les vues opposées de Maseres et du gouverneur Guy Carleton et le troisième exprimait la dissidence de Hey relativement au rapport du gouverneur, à la préparation duquel Morgann avait lui-même apporté son concours. Carleton recommandait le maintien de l'ensemble du droit criminel anglais et l'usage du droit civil français, sauf en matière commerciale. S'il ne désirait aucunement imposer un système entièrement fondé sur le droit anglais, le juge en chef croyait qu'une restauration plus restreinte du droit civil français était souhaitable. À son avis, la politique adoptée, quelle qu'elle fût, devait être conçue, avec le « désir de créer un système tel qu'il tende à amener cette province à ressembler d'une certaine manière aux autres dominions de [Sa] Majesté sur ce continent », et les changements devaient être effectués « avec une main de velours ».

17 Ce dernier devient le très éphémère Lord chancelier de Grande Bretagne, (comme son père) du 17 janvier au 20 janvier 1770, avant de mourir. Homme politique, membre du Parlement, il appuie dans sa jeunesse les actions de son père, Philip Yorke, notamment dans le vote du *Marriage Act* de 1753. Solliciteur général ou Attorney General de plusieurs ministères (Pitt, Bute, Grenville, Rockingham), il est notamment en poste au moment des *Intelorable Acts* vis à vis des colonies américaines. Il ne publie pas de doctrine spécifique, à l'exception des rapports gouvernementaux sur l'état du droit de la Province de Québec notamment ; Voir J. Cannon, « Yorke, Charles », Lewis Namier and John Brooke (éd.) *The History of Parliament : The House of Commons, 1754-1790*, 1964, 3 vol., rééd. 1985, London, Secker & Warburg puis Boydell & Brewer, vol. III, p. 675-679.

18 William de Grey (1719-1781), premier baron de Walsingham sera Lord Chief Justice de la Cour de Common Pleas entre 1771 et 1780. Il est député du comté de Newport de décembre 1761 à janvier 1770, puis député de l'université de Cambridge, de février 1770 à janvier 1771. Issu du barreau de Middle Temple, il devient conseiller du roi en 1758, puis solliciteur général de 1766 à 1771. Il est mis en difficulté dans l'affaire du pamphlet *Letters of Junius* face à Lord Mansfield qui conclut à un « mistrial » dans l'affaire *Rex v. Woodfall*, 1770, *State Trials* XX, 895. Sur son action comme solliciteur général, voir également Scott v. Shepherd 96 Eng. Rep. 525 (K.B. 1773). Hormis ses rapports, il n'a pas publié de doctrine spécifique.

19 F. Maseres, « Brouillon d'un rapport préparé par l'honorable gouverneur en chef et le 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., op. cit.*, vol. 1, p. 334. Ce rapport, n'ayant pas satisfait Guy Carleton, ne sera pas adressé par ce dernier. Un autre rapport sera rédigé et adressé au secrétaire d'État de Sa Majesté pour l'Amérique. Figure à sa suite, dans les documents constitutionnels publiés en 1921, une « Critique du rapport du Gouverneur Carleton sur les lois de la Province par le Procureur Général Maseres », *D.C.I., ibid.*, vol. 1, p. 350 et suiv. De cet auteur, voir également « Considérations sur la nécessité de faire voter un acte par le parlement pour régler les difficultés survenues dans la province de Québec (par le baron Maseres), Londres publiées en l'an MDCCLXVI », *D.C.I., ibid.*, p. 240 ainsi que « A view of the civil Government and Administration of Justice in the Province of Canada while it was subject to the crown of France », *Law Canadian Journal*, 1857, vol. 1, p. 1-48.

20 « Rapport du procureur général et du solliciteur général sur la condition des sujets catholiques romains, 10 juin 1765 », *D.C. I., ibid.*, p. 217-219.

21 Morgann est à partir de 1762, le secrétaire personnel et le conseiller politique de William Petty FitzMaurice, deuxième comte de Shelburne qui sera à partir de 1763 président du *Board of Trade* et secrétaire d'État pour le Sud en juillet 1766. Il s'impliquera notamment par la suite dans une démarche de tolérance vis-à-vis des catholiques canadiens ; R. T. Cornish, « Morgann, Maurice (1725-1802) », *Oxford Dictionary of National Biography*, vol. 33, Morehead-Myles, New York, Macmillan &<sup>co</sup>, 1894, p. 42.

9. Selon le gouverneur Carleton, les Canadiens Français ne pourraient s'opposer à ce que le droit anglais constitue l'élément premier d'un gouvernement anglais,

[...] pourvu que ces points qui les touchent d'une façon très sensible, comme la transmission par droit de succession, l'aliénation et les servitudes de leurs biens immobiliers, leurs façons de disposer par testament de leurs biens personnels, de les transférer et d'en faire cession, leurs contrats de mariage et toutes ces dispositions qui tendent à régir leur vie domestique et à maintenir les liens familiaux, fussent entièrement préservés, et que les lois les régissant fussent bien comprises et bien administrées.

10. Hey n'était pas de l'avis de Maseres, qui désirait lui, dans un premier temps, un code rédigé. Le juge en chef estimait au contraire que le temps manquait pour une telle entreprise. Hey rentre à Londres au début de 1774, à temps pour participer aux dernières étapes de la préparation du projet de loi. Le solliciteur général, Alexander Wedderburn, confia plus tard à lord Dartmouth, secrétaire d'État des Colonies américaines, qu'il avait « beaucoup conversé avec M. Hey » relativement à l'inopportunité du droit criminel français, et qu'il avait trouvé les avis du juge en chef « d'un grand poids »<sup>22</sup>. Les derniers acteurs de ce comparatisme, du côté britannique, sont les marchands britanniques, présents à Québec et à Montréal, et qui font par, à plusieurs reprises, des efforts de comparatisme, entre les lois françaises et les lois britanniques, portées au pinacle, bien évidemment, mais aussi au regard de certaines normes britanniques, entre leurs applications métropolitaines d'une part et coloniales d'autre part.

## 2. Les juristes canadiens-français à l'aune du comparatisme

11. Les différents gouverneurs, notamment Carleton, vont également faire appel aux juristes français afin de dresser un état du droit, mais également pour influencer sur les décisions politiques londoniennes, les gouverneurs étant aux prises avec une situation politique, démographique et militaire sensible qui les rend favorables à un retour aux normes privées d'origine françaises. Ils sont moins nombreux, et motivés par des raisons très diverses. Cugnet est employé par le pouvoir britannique<sup>23</sup>, de même que « ses Messieurs »<sup>24</sup>, alors que Pierre Du Calvet subit un certain arbitraire britannique, et que Michel Chartier de Lotbinière, quant à lui, représente la caste des seigneurs<sup>25</sup>. Des débats agitent ce groupe, et ils s'opposent

22 P. Marshall, « William Hey », *D.B.C., op. cit.*, vol. 4, Université Laval, Toronto University, 1980, [http://www.biographi.ca/fr/bio/hey\\_william\\_4F.html](http://www.biographi.ca/fr/bio/hey_william_4F.html)

23 François-Joseph Cugnet, d'abord proche du Conseil Souverain et actif dans les strates administratives du régime français, reste dans la colonie durant la période de la Conquête. Il se rapproche du pouvoir colonial britannique et devient procureur général sous le régime militaire pour le nord du district de Québec, puis Grand voyer en 1765. Proche du gouverneur Carleton qui s'appuie sur lui, il est, à partir de février 1768, traducteur officiel et de secrétaire français du gouverneur et du conseil. À ce titre, il rédigea un abrégé sommaire des « *Coutumes et usages anciens de la Province de Québec* », en 1768, puis en 1769 un « *Extrait des Édits, Déclarations, Règlements, ordonnances, Provisions et Commissions des Gouverneurs Généraux & Intendants, tirés des Registres du Conseil Supérieur faisant partie de la Législature En force dans la Colonie du Canada, aujourd'hui Province de Québec* ». Ces écrits feront toutefois naître une certaine controverse avec Maseres et Hey, les trouvant trop concis et techniques. Pris dans le débat épistolaire et éditorial avec Maseres durant les années 1770-1774, Cugnet publie après l'Acte de Québec quatre ouvrages qui constituent les premiers ouvrages doctrinaux de la Province. Voir P. Tousignant et M. Dionne Tousignant, « Cugnet, F.-J. », *D.B.C., op. cit.*, vol. 4, p. 197-202, 197. Voir également A. Gascon, *L'œuvre de F.-J. Cugnet : étude historique*, Université d'Ottawa, (th. Dactyl.), 1941 ; R. Huberdeau, *F.-J. Cugnet, jurisconsulte canadien ; essai historique, thèse de bio-bibliographie*, Université de Montréal, (dactyl.), 1947 ; Sylvio Normand, « François-Joseph Cugnet et la reconstitution du droit de la Nouvelle-France », *Cahiers aixois d'histoire des droits de l'Outre-mer français*, 1, 2002, p. 127-145 ; D. Gilles, « Les acteurs de la norme coloniale face au droit métropolitain », art. cit., § 26 et sq.

24 Le gouverneur Carleton décida, suite à la controverse née sur les premiers travaux de Cugnet, de faire appel à d'autres compétences, dont les abbés Joseph-André-Mathurin Jacrau et Colomban-Sébastien Pressart, du séminaire de Québec, qui entreprirent une nouvelle codification. Ce travail collectif est publié avec l'onction officielle à Londres, en 1772-1773, et, anonyme, est identifié comme l'« Extrait des Messieurs » qui se compose de cinq fascicules dont l'un reprend « l'Extrait des Édits » préparé par Cugnet en 1769.

25 Marquis de Lotbinière, ce seigneur, actif dans le gouvernement militaire de la fin de la période française, souffre dans ses biens de la prise de contrôle du pouvoir britannique. Ayant perdu plusieurs seigneuries, par dettes ou pour des raisons politiques (seigneuries du Lac Champlain), il se porte comme représentant des seigneurs devant la Chambre des Communes à Londres afin de plaider la cause des propriétaires terriens lors des débats menant à l'Acte de Québec. S'opposant au gouverneur Carleton, il demande une chambre d'Assemblée formée de tous les grands propriétaires terriens, nouveaux ou anciens sujets, catholiques comme protestants. Il souhaite le retour d'une prédominance de classe. Il se



parfois entre eux, parfois aux auteurs britanniques. La dynamique la plus riche doctrinalement est peut-être celle qui confronte Maseres et Cugnet. Ce dernier indique ainsi clairement qu'il « était disposé à se soumettre aux lois anglaises en fait du criminel, considérant qu'il est à propos d'abolir les lois françaises sur le criminel et d'établir les lois criminelles de l'Angleterre à leur place »<sup>26</sup>. En répondant au projet de Maseres de 1772 concernant le droit privé, auquel il est opposé, il souligne alors la perception différente qu'il faut avoir du droit privé et du droit pénal britannique<sup>27</sup>.

12. C'est de février à mai 1775 que parurent chez William Brown, à Québec, les quatre traités de droit français rédigés par François-Joseph Cugnet à la demande du gouverneur Carleton. Ils constituent les seuls ouvrages doctrinaux attestant de la pratique du droit français avant la Conquête. Ce sont des œuvres d'un praticien pour des praticiens. Seuls les trois derniers sont véritablement une œuvre doctrinale, le premier étant un simple recueil de textes<sup>28</sup> : les *Extraits des édits, déclarations, règlements, ordonnances [...] tirés des registres du Conseil Supérieur*<sup>29</sup>, le *Traité abrégé des anciennes lois, coutumes et usages de la colonie du Canada*, le *Traité de la loi des fiefs*<sup>30</sup> et enfin le *Traité de la police*<sup>31</sup>. Ces ouvrages lui donnent l'occasion d'une petite passe d'arme avec d'autres auteurs de la Province, –peut-être les auteurs des *Extraits des messieurs*<sup>32</sup>– qu'il n'identifie pas, mais qui se trouve sur cette question davantage conforme à l'orthodoxie juridique coutumière de la Province que les abandons fait au droit britannique par Cugnet, comparatiste pragmatique :

Quelques-uns des citoyens de cette Province, qui pour avoir fait venir un nombre de livres de jurisprudence, bien reliés et dorés, et qui se croient jurisconsultes infaillibles (sans jamais avoir étudié les principes de jurisprudence) à cause de leur riche bibliothèque, et de la lecture qu'ils ont peut-être faite de partie des livres qui la composent, la plupart sans les comprendre, me traiteront de mauvais citoyen, en abandonnant cette partie ; ces Messieurs jurisconsultes, légistes, si l'on veut, (qui par parenthèse, veulent me faire passer pour plus ignorant

---

convainc du caractère despotique du régime colonial britannique et retourne en France puis dans les colonies insurgées des futurs États Unis où il plaide pour une intervention française et une reconquête du Canada. Le traité de Versailles de 1783 met fin à ses aspirations canadiennes. Voir F. J. Thorpe et S. Nicolini-Maschino, M. Chartier de Lotbinière », *D.B.C.*, vol. 4, Université Laval, University of Toronto, 2003, [http://www.biographi.ca/fr/bio/chartier\\_de\\_lotbiniere\\_michel\\_4F.html](http://www.biographi.ca/fr/bio/chartier_de_lotbiniere_michel_4F.html). Voir également S. Nicolini-Maschino, *M. Chartier de Lotbinière : l'action et la pensée d'un Canadien du 18<sup>e</sup> siècle*, thèse de Ph.d., université de Montréal, 1978 et E. Arthur, « French Canadian participation in the government of Canada, 1775-1785 », *Canadian Historical Review*, vol. 32, n°4, 1951, p. 303-314.

26 Lettre de Maseres au Lord Chancelier, 30 avril 1774, *D.C.I.*, *op. cit.*, p. 516-518.

27 Sur ce débat, voir F.-J. Cugnet, *Observations sur le plan d'Acte du Parlement dressé par Francis Maseres*, Québec, Guillaume Brown, 1772.

28 Voir F.-J. Cugnet, *Ancient French Archives : Or Extracts from the Minutes of Council, Relating to the Records of Canada* (1791), Kessinger Publishing, LLC, 2009.

29 F.-J. Cugnet, *Extraits des édits, déclarations, règlements, ordonnances, provisions et commissions des Gouverneurs généraux & Intendants, tirés des registres du Conseil Supérieur faisant partie de la législation en force dans la colonie du Canada, aujourd'hui Province de Québec*, Québec, Guillaume Brown, 1775.

30 F.-J. Cugnet, *Traité de la loi des fiefs qui a toujours été suivie en Canada depuis son établissement, tirée de celle contenue en la Coutume de la prévôté et vicomte de Paris, à laquelle les fiefs et seigneuries de cette province sont assujettis, en vertu de leurs titres primitifs de concession, et des édits, règlements, ordonnances et déclarations de Sa Majesté très Chrétienne, rendus en conséquence, et des différents jugements d'intendants rendus à cet égard, en vertu de la loi des fiefs, et desdits édits, règlements, ordonnances et déclarations, traité utile à tous les seigneurs de cette province, tant nouveaux qu'anciens sujets, aux juges et au receveur-général des droits de Sa Majesté*, Québec, Guillaume Brown, 1775 [ci-après *Fiefs*].

31 F.-J. Cugnet, *Traité de la police : qui a toujours été suivie en Canada, aujourd'hui Province de Québec, depuis son établissement jusqu'à la conquête, tiré des différents règlements jugements et ordonnances d'Intendants, à qui par leurs commissions, cette partie du gouvernement était totalement attribuée, à l'exclusion de tous autres juges, qui n'en pouvaient connaître qu'en qualité de leurs subdélégués*, Québec, Guillaume Brown, 1775.

32 Une autre compilation des normes applicables à la province : Anonyme [A select committee of Canadian Gentlemen], *An abstract of those parts of the custom of the Viscountry and Provostship of Paris which were received and practised in the province of Quebec, in the time of the French government. Drawn up by a select committee of Canadian gentlemen, [...] By the desire of the Honourable Guy Carleton, Esquire, Governour in Chief of the said province*, London, Charles Eyre and William Strahan, 1772, [Extraits de ces Messieurs] ; Anonyme [A select committee of Canadian Gentlemen], *The sequel of the abstract of those parts of the custom of the viscounty and provostship of Paris which were received and practiced in the Province of Quebec in the Time of the French Government : containing the Thirteen latter Titles of the said Abstract*, London, Charles Eyre and William Strahan, 1773.

qu'eux) voulant, disent-ils, tout ou rien. Mais qu'on leur en demande la raison ! Ils n'en pourront donner aucune bonne. Ils chanteront sur différentes notes, et ne donneront aucuns tons raisonnables. Quant à moi, moins spirituel et moins savant qu'eux, je donnerai les raisons qui m'ont portées à dire mon sentiment à ce sujet, si on les exige<sup>33</sup>.

13. Auteur d'une œuvre de commande, Cugnet ne pouvait être qu'enclin à comparer le droit civil au droit britannique, sans qu'il choisisse absolument le prestige de l'un au profit de l'héritage de l'autre.

## B. Méthodes et formes

14. Il est très clair que la tâche qui est confiée à nos différents comparatistes est de trouver la solution la meilleure pour gouverner une population francophone majoritaire, préserver une suprématie juridique britannique, le prestige du roi et établir un système cohérent et fonctionnel en pratique. Alors que Hey était encore en Angleterre, les légistes de la couronne avaient recommandé au gouvernement britannique que Maseres et lui « préparassent un plan approprié, adapté à la juridiction des diverses cours de justice et qui convînt aux plaideurs »<sup>34</sup>. Ainsi, le programme est vaste : adapté au contexte, acceptable par les deux communautés, aussi proche que possible du droit anglais, le plus sécurisant possible.

15. Les formes s'avèrent diverses : texte à dimension pamphlétaire pour Du Calvet et Maseres, rapport officiel pour les rapports de Hey, Thurlow ou Wedderburn, ouvrage « doctrinal » individuel pour Cugnet, collectif et anonyme pour l'ouvrage « de ces Messieurs », communication à la Chambre des Communes pour Lotbinière, chacune de ces formes vise à un certain comparatisme, sans adopter une méthode de comparatisme directe et systématique de chacun des domaines du droit, dans l'un et l'autre système. On découvre dans ce corpus des ouvrages ou rapports rattachés à la pratique de la colonie – Cugnet, les extraits de ces Messieurs –, des réflexions plus dogmatiques, plus politiques – Wedderburn, Thurlow – voire totalement orientées idéologiquement afin d'obtenir des résultats politiques ou législatifs, comme ceux de Du Calvet et Maseres. Des regards biaisés par une méconnaissance des auteurs de la pratique se trouvent également, sous la plume de Gregory ou Suckling par exemple. La facture générale des travaux comparatistes est là encore assez diverse. Pour les travaux de Cugnet il s'agit une succession d'articles auxquels s'ajoutent les commentaires de l'auteur, très largement inspirés de la doctrine métropolitaine, au premier rang de laquelle figure Claude de Ferrières<sup>35</sup>. Cugnet tente toutefois de rendre compte de la réalité de la pratique coloniale en évoquant les évolutions normatives propres au Canada, à travers certains arrêts du Conseil Supérieur et les ordonnances des intendants. Il écrit vouloir mettre de l'avant « les lois propres du pays »<sup>36</sup>, soulignant les singularités du droit colonial<sup>37</sup> comme l'absence d'application de la garde-noble et de la garde bourgeoise. Pour les rapports officiels, ils sont adressés aux membres du Conseil privé ou aux Secrétaires d'État, prenant souvent comme structure les éléments de rapports antérieurs ou analysant, point par point, les questions qu'on entend traiter.

33 F.-J. Cugnet, *Traité de la police*, *op. cit.*, t. XII, art. 63, p. 160.

34 P. Marshall, « William Hey », *D.B.C.*, vol. 4, Université Laval, Toronto University, 1980, [http://www.biographi.ca/fr/bio/hey\\_william\\_4F.html](http://www.biographi.ca/fr/bio/hey_william_4F.html)

35 « [...] puis viennent Brodeau, Le Brun, Duplessis, Lange, Couchot, Domat, Bacquet, Loiseau et Meslé » ; S. Normand, « François-Joseph Cugnet », art. cit., p. 133.

36 F.-J. Cugnet, *Fiefs*, *op. cit.*, p. xi.

37 Ainsi, le fait de qualifier le droit de banalité de moulin de droit réel et non pas de droit personnel est une singularité coloniale ; S. Normand, « François-Joseph Cugnet », art. cit., p. 133. Cugnet fonde cette idée de la manière suivante : « Le droit de banalité de moulin n'est regardée par cet article [34] que comme un droit personnel. En cette province, ce droit est réel et attaché inséparablement au fief, par un arrêt du conseil d'état du Roy du 4 juin 1686, qui ordonne à tous les seigneurs qui possèdent des fiefs en Canada, de faire construire des moulins banaux sur leurs seigneuries dans le temps d'une année après sa publication ; et qui permet, faute par eux de le faire, à tous les particuliers de quelque qualité et conditions qu'ils soient, de faire bâtir des moulins et qui leur en attribue en ce cas le droit de banalité. Cet arrêt, qui est dûment enregistré dans les registres des insinuations du conseil supérieur est pour cette province une loi qui donne de plein droit au seigneur le droit de banalité de moulin sur leurs tenanciers et censitaires, sans qu'ils aient besoin d'en faire mention dans les contrats de concession, qu'ils font à leurs censitaires. Cette loi a toujours été inviolablement gardée et observée en cette province » ; F.-J. Cugnet, *ibid.*, chap. IX, art. 34, p. 37.



16. Cette œuvre comparatiste collective est une tâche qui s'avère ardue, poussant les analystes à la limite de leurs compétences. Le juge en chef Hey n'avait aucune connaissance particulière du système juridique français et, quand il siégeait au tribunal, il avait besoin d'un interprète. Néanmoins, Maseres considère que, « Monsieur Hey ayant déjà eu l'occasion de décider de deux ou trois causes qui portaient sur des points de droit français, ce qu'il fit avec beaucoup d'habileté et à la satisfaction générale »<sup>38</sup>. L'utilisation des autres travaux est également un exercice délicat. Ainsi, Maseres souligne que les recueils législatifs de Cugnet, quoique bien fait, sont « très difficiles à comprendre, pour monsieur Hey et pour moi, à cause de la grande concision et du caractère technique ou des particularités du langage juridique français ». Toutefois, Cugnet se contente bien souvent de faire état du « droit positif », d'une réalité qui se trouve inscrite dans les ordonnances depuis l'institution du Conseil souverain et la pratique des intendants : « J'ose me flatter que mes amis recevront ce dernier ouvrage quoique succinct aussi favorablement que mes premiers, puisqu'il ne tend ainsi que les deux autres, qu'à faire connaître les lois, le bon ordre et l'harmonie qui régnaient en cette province dans le précédent gouvernement »<sup>39</sup>. La posture de Cugnet est d'ailleurs souvent sur la défensive, celui-ci défendant sa compétence en tant que jurisconsulte et son impartialité en tant que seigneur lors de la rédaction de ses ouvrages<sup>40</sup>. Disposant d'un « exemplaire d'une Coutume de Paris annoté par Verrier pour tenir compte du droit colonial »<sup>41</sup>, Cugnet avait la possibilité de rendre compte de la véritable pratique coloniale, en plus de l'accès aux registres du Conseil.

## II. Comparaisons, raisons et déraisons au bal du Privy Council

17. Bien évidemment, ces efforts de comparatisme trouvent à s'ancrer sur certaines institutions emblématiques de l'un et l'autre système. La question de la protection du douaire pour les épouses cristallise certaines réflexions, notamment confrontée à la liberté testamentaire britannique. Cugnet aborde ainsi la question du Douaire, en relevant que « cette partie de la propriété diffère beaucoup des lois anglaises qui n'accordent à la femme que la jouissance du tiers »<sup>42</sup>, afin de bien marquer l'esprit de ses lecteurs britanniques, praticiens ou administrateurs. La question du régime seigneurial, évidemment, concentre ses critiques même si l'abandon des strates féodales du droit britannique sont bien souvent plus affirmées qu'avérées, les colons se faisant les défenseurs des terres en franc et commun socage, issues de la common law, face au droit seigneurial français. La difficulté de la procédure civile et criminelle est assez occultée par les britanniques, même s'ils acceptent que certaines formes en soient modernisées. Au regard des normes criminelles, difficile pour les britanniques de faire abstraction de leur sentiment de supériorité en la matière, face à l'arbitraire supposé du droit criminel français, incarné à leurs yeux dans les lettres de cachet et la torture. Toutefois, plusieurs juristes londoniens comprennent l'aversion des sujets francophones du roi pour la prison pour dettes, tellement symbolique de l'Angleterre de cette fin de XVIII<sup>e</sup> siècle. En matière de liberté de religion, si les juristes du gouvernement semblent plutôt pragmatiques, les marchands font valoir avec force la volonté de voir appliquer avec toute sa rigueur les statuts élisabéthains les plus rigoureux, excluant les catholiques d'un grand ensemble d'emplois, de la magistrature à la chirurgie. Le principe de la conservation du droit français est assez rapidement affirmé par certains juristes chargés d'enquêter sur l'attitude à adopter vis-à-vis des traditions juridiques françaises comme le Procureur Charles Yorke et le solliciteur général William Grey<sup>43</sup>. Le maintien des normes françaises est d'autant plus justifié à leurs yeux qu'en matière de dettes, promesses, contrats et conventions, il existe des principes et des mécanismes communs à la *common law* et au droit civil<sup>44</sup>. Émergent alors deux

38 P. Marshall, « William Hey », *D.B.C.*, *op. cit.*, p. 415.

39 F.-J. Cugnet, *Traité de la police*, préface, p. III.

40 S. Normand, « François-Joseph Cugnet », *art. cit.*, p. 134-135.

41 *Ibid.*, p. 134.

42 F.-J. Cugnet, *Fiefs*, *op. cit.*, t. VIII, p. 108.

43 « Mémoire d'avril 1766 », *D.C.I.*, vol. 1, *op. cit.*, p. 226.

catégories de comparatismes qui se confrontent : les travaux menés sous l'emprise d'une idéologie forte, à ceux qui, plus pragmatiquement, sont prêts à comparer et à évaluer plus objectivement, les deux systèmes.

## A. Le comparatisme idéologique

18. Cugnet, lorsqu'il évoque la restriction de la faculté de disposer de ses « propres » limitée au *Quint*, est amené à prôner une évolution de la norme contraire à la coutume de Paris, et à « trahir » le droit civil au profit de la common law :

Cependant, comme cette restriction au *Quint* des propres est particulière à la coutume de Paris, introduite en partie, comme loi municipale et propre au Canada, et que dans la plus grande partie des provinces de la France qui suivent le droit écrit, il est permis et loisible à toutes personnes capables, de tester, de disposer de tous leurs biens, je suis du sentiment que cette province étant sous un gouvernement libre, cette restriction ne devrait plus avoir lieu et que cette province devrait suivre à cet égard, la disposition des lois romaines qui me paraît être la même que celles d'Angleterre<sup>45</sup>.

19. Utilisant judicieusement le droit romain ici, Cugnet se permet d'orienter la norme traditionnelle de la colonie vers une logique bien plus proche de la pratique britannique, et opportunément apporte un avis juridique conforme, du moins en partie, aux aspirations des administrateurs britanniques et des anciens sujets de Sa Majesté. La controverse, pour vive qu'elle semble être, repose en fait sur des choix purement politiques, et Cugnet ne s'en cache guère, ayant choisi semble-t-il, de se montrer favorable à ceux qui ont été les initiateurs de ses travaux et à l'Acte de Québec qui semble, à ses yeux, couronner son *opinio juris* :

L'acte du Parlement, qui règle le gouvernement de cette Province, donnant la liberté à tous les Canadiens propriétaires de tous immeubles, meubles ou intérêts dans ladite Province, qui auront droit de les aliéner pendant leur vie, de les tester et léguer à leur mort par testament et ordonnance de dernière volonté, nonobstant toutes anciennes lois, coutumes et usages à ce contraires, me dispensera de répondre à tous les arguments que quelqu'un pourrait faire à cet égard, puisqu'il doit les convaincre que le ministère et le Parlement de la Grande Bretagne ont pensé, ainsi que j'ai hasardé de le faire<sup>46</sup>.

20. Lotbinière fustige en 1774 l'idée d'un système mixte, privilégiant la cohérence à la tempérance. Il stigmatise l'incohérence d'un système mixte et la méconnaissance de la norme par le justiciable canadien :

[...] on doit sentir que les lois civiles et les lois criminelles, étant formées et liées intimement l'une à l'autre par un même système, elles sont pour s'entre aider et s'appuyer et réciproquement dans nombre de cas importants ; qu'on ne saurait conséquemment, de ce mélange de lois calculées sur des systèmes différents, espérer cette harmonie qui fait la base de la sûreté et tranquillité publique ; et qu'elles doivent nécessairement s'entrechoquer et s'affaiblir l'une l'autre d'instant en instant. D'ailleurs, le Canadien connaît la loi criminelle qui a été suivie [...] dans son pays ; il ne connaîtra peut être jamais en entier celle qu'on y veut substituer, et est-il un État plus cruel pour l'homme qui pense, que de ne jamais savoir s'il est digne de louange ou de blâme ?<sup>47</sup>

21. Du côté britannique cette fois, dans le *Mémoire des Marchands de Londres engagés dans le commerce avec Québec*<sup>48</sup>, ces derniers défendent, avec l'appui de Maseres, leur propre compréhension des modifications législatives résultant de la conquête et cherchent à faire évoluer la norme dans le sens qui leur paraît le plus fidèle à leurs intérêts. Considérant que les juridictions mises en place par l'ordonnance

44 « À l'égard de toute action personnelle intentée pour dettes, promesses, contrats et conventions, en matière commerciale ou autre et pour des torts propres à être compensés par des dommages-intérêts, ne pas perdre de vue que les principes essentiels de la loi et de la justice sont partout les mêmes. Les formes concernant la procédure et le procès et peut-être jusqu'à un certain degré les règles rigoureuses de la preuve, peuvent varier, mais les juges de la province de Québec ne pourront matériellement commettre d'erreur contre les lois anglaises ou contre les anciennes coutumes du Canada, si dans les cas ci-dessus, ils tiennent compte de ces maximes essentielles », *ibid.*, p. 226-227.

45 *Ibid.*, t. XII, art. 63, p. 160.

46 *Ibid.*, t. XII, art. 63, p. 161.

47 *Ibid.*

48 « Mémoire des marchands de Londres engagés dans le commerce avec Québec », *D.C.I.*, vol. 1, p. 495.

du 17 septembre 1764 donnaient « le pouvoir et l'autorité d'entendre et de juger toutes les causes criminelles et civiles, conformément aux lois d'Angleterre et aux ordonnances de ladite province », les marchands font valoir qu'il est « généralement compris par les sujets britanniques de Sa Majesté résidant dans ladite province »<sup>49</sup> que les lois anglaises s'appliquaient dans la province. Ils surenchérisent en faisant valoir les exemples historiques, allant du Pays de Galles en passant par la colonisation de New-York<sup>50</sup>, les marchands cherchent à peser sur l'évolution normative, en faisant craindre l'arrêt du développement économique, l'insécurité juridique et demandant, *in fine*, le maintien des principales normes britanniques pour les matières qui les préoccupent, navigation, commerce, procédure juridictionnelle, contrats personnels, laissant un certain nombre de normes française subsister (propriété foncière, douaire...)... Ils affirment, après avoir très rapidement « comparé » les mérites des lois anglaises, et les défauts des lois françaises :

Nous demandons aussi la permission de représenter que nous désirons ardemment la préservation des parties des lois anglaises concernant la navigation, le commerce, les contrats personnels et la méthode de régler les contestations au moyen d'un procès par jury, et la préservation de celles concernant les actions en réparation d'injures reçues, entre autres, les actions au sujet d'emprisonnement illégal, de diffamation, d'assaut et de tout ce qui peut affecter la liberté personnelle. Mais avant tout, nous désirons le maintien du *writ d'habeas corpus* dans les cas d'emprisonnement, que nous considérons dans toute la force et toute l'acceptation du mot, l'un des avantages des lois d'Angleterre, dont Sa Majesté nous a promis la jouissance par sa proclamation susmentionnée et que nous considérons comme une partie du système de la jurisprudence anglaise, à laquelle nos nouveaux concitoyens canadiens ne s'opposeront pas<sup>51</sup>.

22. Juriste brillant, Maseres obtint le poste de procureur général de la province de Québec, à la suite de la destitution de George Suckling<sup>52</sup>. Dès ses premiers travaux, Francis Maseres marque un certain antagonisme avec les perspectives du gouverneur Carleton même s'il varie dans ses positions. Trois périodes semblent se faire jour dans son analyse du contexte juridique<sup>53</sup>. La première, de son arrivée à la rédaction du Rapport à partir de 1768, montre de nombreuses hésitations, mais semble favorable à un maintien ou un rétablissement de plusieurs normes françaises. La seconde, marquée par la rédaction du rapport et la critique au rapport de Carleton (1768-1771) semble orienter Maseres vers un rejet des différentes normes françaises et de la pratique des gouverneurs locaux. La dernière, enfin, est marquée par un fort lobbying auprès des instances gouvernementales à Londres, et consiste largement dans une défense juridique des intérêts marchands londoniens, tout en atténuant largement ses critiques, acceptant le maintien de nombreuses pratiques françaises comme nous le verrons dans le développement suivant. Maseres démontre l'incohérence d'un système mixte vis-à-vis des termes de la Proclamation et de l'assimilation, *in fine*, de la colonie au modèle colonial britannique dans une longue critique du rapport du gouverneur Carleton sur les lois de la province<sup>54</sup>. Il caractérise plusieurs attaques contre le droit français, fustigeant les qualités du douaire, de la transmission des terres, des règles de successions<sup>55</sup>. Ayant travaillé

49 *Ibid.*, p. 496-497.

50 *Ibid.*, p. 499.

51 *Ibid.*, p. 500.

52 « On retrouvait parmi ses amis William Hey, très récemment nommé juge en chef de la province de Québec, et Fowler Walker, représentant londonien des marchands de la colonie. C'est peut-être sur l'avis de Walker que Maseres fut recommandé par Charles Yorke, procureur général du gouvernement whig de lord Rockingham » ; É. Arthur, « Francis Maseres », *D.B.C.*, vol. 6, Université Laval, Toronto University, p. 542.

53 Voir essentiellement F. Maseres, *An account of the proceedings of the British, and other Protestant inhabitants, of the Province of Québec, in North-America, in order to obtain an House of Assembly in that province*, Londres, 1775 ; *Additional papers concerning the Province of Québec : being an appendix to the book entitled, An account of the proceedings of the British and other Protestant inhabitants of the Province of Québec in North America, [in] order to obtain a House of Assembly in that province*, Londres, 1776.

54 F. Maseres, « Critique du rapport du gouverneur Carleton sur les lois de la province, par le procureur général Maseres », *D.C.I., op. cit.*, p. 351.

55 « Enfin, quant aux lois françaises concernant le douaire, la transmission des terres et le partage d'effets ayant appartenu à des personnes mortes sans avoir fait de testament, lorsque les mariages et les décès ont eu lieu depuis l'établissement du gouvernement civil dans cette province, le procureur général de Votre Majesté, de cette province, croit humblement que ces lois ne devraient être considérées ni comme nécessaires dans les cas concernant la propriété des sujets canadiens de Votre Majesté dans cette province, ni comme leur ayant été octroyées implicitement par les articles de la capitulation et du traité de paix définitif, parce que ces lois ne concernent ni les propriétés ni les droits des canadiens de cette époque, auxquels ces

sur le contexte normatif présidant l'avenir de la colonie après la Proclamation, Maseres fait valoir qu'il est nécessaire de bâtir un fondement solide au système juridique futur, avec pour objectif, *in fine*, d'intégrer le maximum de normes anglaise afin d'assimiler la colonie dans le modèle normatif colonial britannique. Dans ses fonctions, il n'hésita pas à avoir recours aux précédents normatifs français, lorsque cela permettait une défense des intérêts de Sa Majesté. Maladroit sur les questions religieuses, il se positionna en porte-à-faux de l'opinion catholique canadienne, prenant notamment les positions de Pierre Du Calvet pour le juste reflet de la majorité<sup>56</sup>. Il rédige en 1768 un brouillon de rapport adressé au Comte d'Hillsborough pour le compte de Carleton<sup>57</sup>. Ses conclusions n'allant pas dans le sens espéré par Carleton, celui-ci demandera à Hey et Maurice Morgann de préparer des documents. Il enverra en septembre 1769 au secrétaire d'État de Sa Majesté pour l'Amérique un rapport s'inspirant de ces divers travaux. Maseres<sup>58</sup>, mais également le juge en chef Hey, rédigeront des commentaires sur ce rapport. Dans sa critique, Maseres semble considérer que le droit anglais avait été introduit dans la province du fait de la Conquête, alors que dans son « rapport », il semblait moins catégorique. En fait, dans son « rapport », Maseres développe une série de solutions qu'il laisse ouverte afin de permettre au gouvernement d'intervenir en toute connaissance de cause.

23. Parfois, certains auteurs, pourtant tempérés sur d'autres questions, se laissent entraîner à des jugements de valeur relativement violent. Hey va ainsi jusqu'à déclarer, lors des débats pour l'Adoption de l'Acte de Québec que les nouveaux sujets « [...] seem perfectly satisfied with the English criminel law »<sup>59</sup>, ajoutant même, méprisant, « I cannot conceive them so stupid as to wish for the French law »<sup>60</sup>.

## B. Le comparatisme raisonné

24. Très rapidement après la Proclamation, Sir Fletcher Norton et le solliciteur général William de Grey, dans un rapport du 10 juin 1765<sup>61</sup>, estimèrent que le peuple conquis n'était pas assujéti aux incapacités, aux inhabilités et aux pénalités imposées aux catholiques romains en Grande-Bretagne<sup>62</sup>. Le principe de la conservation du droit français est assez rapidement affirmé par certains juristes chargés d'enquêter sur l'attitude à adopter vis-à-vis des traditions juridiques françaises. Ainsi le *Rapport* d'avril 1766 du Procureur Charles Yorke et du solliciteur général William Grey prend clairement le parti du maintien du droit français accompagnant en cela l'attitude adoptée par les administrateurs de la colonie<sup>63</sup>. Ils soulignent que,

---

concessions furent uniquement faites [...]. Le procureur général croit aussi que plus tard, il sera très avantageux pour la province de changer les lois relatives à ces sujets, particulièrement celles concernant le douaire et la transmission des terres, car l'excessive subdivision actuelle des terres par des partages répétés, parmi les membres de nombreuses familles, ne peut avoir que des suites déplorables. Mais il ne croit pas que ces changements doivent se faire maintenant, et si plus tard ils doivent avoir lieu, la date devrait en être au préalable publiée au moyen d'une déclaration complète et formelle, et il devrait être accordé aux personnes qui y seront opposées, le pouvoir d'en empêcher l'accomplissement dans leurs familles respectives, au moyen de contrats et conventions formels », *ibid.*, p. 355-356.

56 Voir É. Arthur, « Francis Maseres », *D.B.C.*, vol. VI, Université Laval, Toronto University, p. 542.

57 F. Maseres, « Brouillon d'un rapport préparé par l'honorable gouverneur en chef et le 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.*, *op. cit.*, vol. 1, p. 334.

58 « Critique du rapport du gouverneur Carleton sur les lois de la Province par le Procureur Général Masères », *D.C.I.*, *op. cit.*, vol. 1, p. 350 et sq.

59 H. 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 Québec*, Londres, J. Wright, 1839, p. 158.

60 *Ibid.*, p. 153.

61 « Rapport du procureur général et du solliciteur général sur la condition des sujets catholiques romains, 10 juin 1765 », *D.C.I.*, *op. cit.*, p. 217-219.

62 Le *Board of Trade* proposa, suite à ce rapport, des réformes judiciaires visant notamment à permettre un accès plus facile des juristes, avocats et procureurs canadiens aux tribunaux, tant au niveau de la Cour des plaid communs que de la cour du Banc du roi ; P. Tousignant, « L'incorporation de la province de Québec dans l'Empire britannique, 1763-1791 », art. cit., p. xlv. Voir « Représentations du conseil du commerce au roi, 2 septembre 1765 », *D.C.I.*, *op. cit.*, p. 217-219.

63 « Il n'y a pas une maxime de droit coutumier plus certaine que celle qui déclare qu'un peuple conquis conserve ses anciennes coutumes jusqu'à ce que le conquérant introduise de nouvelles lois. On ne peut entreprendre de changer

concernant les questions de dettes, promesses, contrats et conventions, il existe des principes et des mécanismes communs à la *common law* et au droit civil, détruisant de facto la stérile opposition entre les deux systèmes juridiques.

[...] [il ne faut] pas perdre de vue que les principes essentiels de la loi et de la justice sont partout les mêmes. Les formes concernant la procédure et le procès et peut-être jusqu'à un certain degré, les règles rigoureuses de la preuve peuvent varier, mais les juges de la province de Québec ne pourront matériellement commettre d'erreur contre les lois anglaises ou contre les anciennes coutumes du Canada, si dans les cas ci-dessus, ils tiennent compte de ces maximes essentielles<sup>64</sup>.

25. À l'opposé des préjugés de son milieu et de sa Nation, Edward Thurlow est ainsi capable de rejeter un rétablissement des normes anglaise, parfois injustes ou inadaptées à ce contexte :

[...] de tels changements ne pourraient s'opérer sans être requis par une nécessité pressante et impérieuse que la véritable prudence ne saurait dédaigner ou négliger ; non cette nécessité imaginaire que la spéculation ingénieuse peut toujours invoquer en vertu de supposition admissible ou de conséquence éloignée et d'arguments exagérés, ni celle qui consiste à assimiler un pays conquis, quant au système des lois et à la forme de gouvernement, à la mère patrie et aux anciennes provinces réunies à l'empire par d'autres événements, en vue d'établir une harmonie et une uniformité irréalisables et qui à mon sens seraient d'aucune utilité si elles pouvaient être réalisées<sup>65</sup>.

26. Cugnet, à son tour, déplore certains changements favorisant l'application des lois anglaises. Ainsi, tout en prenant acte des modifications induites par l'Acte de Québec et la conquête<sup>66</sup>, il en déplore certaines, comme c'est le cas de l'ordonnance du 17 septembre 1764, qui a supprimé toutes les justices seigneuriales, et les revenus afférents à celles-ci<sup>67</sup> mais constate avec plaisir le rétablissement des normes françaises par l'Acte de Québec, notamment en matière de gestion des seigneuries<sup>68</sup>. Le *Mémoire* d'avril 1766 du Procureur Charles Yorke et du solliciteur général William Grey prend clairement le parti du maintien du droit français accompagnant en cela l'attitude adoptée par les administrateurs de la colonie puisque tant Murray que Carleton mettront en place un système permettant, dans la pratique, de maintenir l'application du droit français pour les personnes et les biens. Ils ajoutent même que, concernant les questions de dettes,

---

subitement les coutumes établies dans un pays sans avoir recours à l'oppression et à la violence ; c'est pourquoi les conquérants sages, après s'être assurés de la possession de la conquête, agissent avec douceur et permettent à leurs sujets conquis de conserver toutes leurs coutumes locales inoffensives de leur nature et qui ont été établies comme règle à l'égard de la propriété ou qui ont obtenu force de lois » ; W. de Grey et Ch. Yorke, « Rapport du procureur général et du solliciteur général au sujet du gouvernement civil du Québec » (14 avril 1766), *D.C.I., op. cit.*, p. 226.

64 *Ibid.*, p. 226-227.

65 « Rapport du procureur général Edward Thurlow, 22 janvier 1773 », *D.C.I., op. cit.*, p. 425.

66 « Je suis du sentiment que les seigneurs de cette province ne peuvent plus que réclamer la moyenne et basse justice, qu'ils ne sont plus en droit d'exiger la haute justice qui concerne le criminel ; parce que je pense, et je crois avec raison, que la partie criminelle appartenant au Souverain seul, a, par la conquête, été supprimée, *ex aequo et jure*, aux seigneurs. Tous les Canadiens raisonnables penseront de même, mais ils peuvent réclamer la moyenne et la basse justice (toute partie criminelle distraite) quoique plus étendue que ce qu'on appelle en Angleterre, court baron, afin de n'être point frustrés des droits et profits pécuniaires qui sont attachés au droit de justice, qu'ils ont par leurs titres. Par l'acte qui règle cette province, le Roy se réserve la haute justice » ; F.-J. Cugnet, *Fiefs, op. cit.*, chap. XII, p. 53.

67 Cette ordonnance a « frustré tous les seigneurs de cette province de cette partie de leur propriété et des droits profitables qui y sont attachés. Cette ordonnance a renversé, de fonds en comble, l'état et la fortune des Canadiens » ; *Ibid.*, art. 41, p. 54.

68 Concernant ainsi le droit de réunir les terres aux domaines des seigneurs lorsque les censitaires ne les ont pas défrichées et mises en culture, Cugnet relève que « la suspension de cette loi depuis l'ordonnance de septembre 1764, non seulement empêche les seigneurs de faire réunir à leur domaine une infinité de terres qui sont dans le cas de l'être mais encore, fait un grand tort à l'avancement de la culture, parce que les seigneurs se trouvent dans l'impossibilité de concéder ces terres abandonnées à d'autres qui les leur demandent, parce qu'il est de toute nécessité de déclarer les concessions qu'ils en ont données de nulle valeur. *Comme par l'acte les anciennes lois sont remises en force, cet inconvénient cesse* » ; *ibid.*, chap. XII, art. 43, p. 60. Il ajoute concernant l'article 45 qui entrave le pouvoir de bâtir pour les censitaires et les incite à défricher d'autres terres, que sa suspension a multiplié les pauvres familles. Les enfants au lieu de prendre de nouvelles terres, ainsi qu'ils auraient été obligés de faire dans le précédent gouvernement, partagent entre eux la terre de leur père, bâtissent chacun leurs petites parts, sur lesquelles ils ne peuvent recueillir de quoi les nourrir. L'acte qui règle le gouvernement de cette province y remédiera pour l'avenir » ; *ibid.*, chap. XIV, art. 45, p. 61.

promesses, contrats et conventions, il existe des principes et des mécanismes communs à la *common law* et au droit civil, ce qui justifie largement le maintien de ce dernier :

À l'égard de toute action personnelle intentée pour dettes, promesses, contrats et conventions, en matière commerciale ou autre et pour des torts propres à être compensés par des dommages-intérêts, ne pas perdre de vue que les principes essentiels de la loi et de la justice sont partout les mêmes. Les formes concernant la procédure et le procès et peut-être jusqu'à un certain degré les règles rigoureuse de la preuve, peuvent varier, mais les juges de la province de Québec ne pourront matériellement commettre d'erreur contre les lois anglaises ou contre les anciennes coutumes du Canada, si dans les cas ci-dessus, ils tiennent compte de ces maximes essentielles<sup>69</sup>.

27. Sous l'égide de Carleton et du juge en chef William Hey, une enquête sur l'administration de la justice est menée à l'initiative du Conseil privé du roi. Ses résultats sont connus à Londres en 1769. Ils constituent une véritable argumentation contre l'introduction des lois civiles anglaises<sup>70</sup>. Yorke et Grey, résistant aux diverses pressions exercées pour assurer une unité normative et appuyés par le procureur général Edward Thurlow, réaffirmeront que, si effectivement le conquérant possède « le pouvoir d'opérer tous les changements essentiels à établir son autorité souveraine », il faut néanmoins être conscient du caractère très différent du contexte colonial<sup>71</sup>. Une politique en la matière devait tenir compte de toutes les données factuelles de la province.

28. Un plaidoyer pour une norme coloniale adaptée se développe donc sous la plume de ces juristes, logique qui sera suivie par le gouvernement sous la forme de l'Acte de Québec, norme à la fois adaptée au contexte de la colonie mais aussi dérogoratoire du régime général des colonies britanniques. Le procureur général londonien Marriott, dans un long mémoire qui tente d'établir un certain nombre de propositions tendant à la mise en place d'un système judiciaire viable pour la colonie, conclue à un rétablissement quasi-général des lois françaises. Se refusant à « [...] un acte tout aussi absurde et ridicule que celui qu'un tailleur commettrait en prenant des mesures d'habit avec un quart de cercle de marine »<sup>72</sup>, son analyse est peu favorable à une coexistence de la norme britannique face à un corpus de règles françaises. La mixité du système n'a pas ses faveurs et il entend maintenir dans sa totalité le système juridique en place, en appuyant les praticiens britanniques sur la doctrine et les juristes canadiens français afin de les initier aux règles de forme issues de l'Ancien droit français :

La forme et la rédaction anglaise des plaidoiries et des mandats se prêtent mal à la phraséologie des lois civiles françaises et il est important de considérer jusqu'à quel point il sera nécessaire de suivre d'autres parties de la procédure française si la loi française concernant la propriété civile doit servir de droit coutumier dans cette province. Je conçois que cette tâche devra être confiée au savoir, à la discrétion et à l'expérience des juges qui auront pour les assister le barreau et les praticiens canadiens et il pourra être décrété qu'aucun jugement ne sera suspendu pour une simple omission de forme dans les procès civils<sup>73</sup>.

29. Appartenant à la vieille noblesse canadienne, Michel de Lotbinière, émet, lors des débats autour de l'Acte de Québec, des doutes sur la volonté des Canadiens-Français d'adopter les normes pénales britanniques et par ses représentations tente d'ébranler le piédestal sur lequel les Britanniques ont hissé leur droit criminel<sup>74</sup>. Il le fait sur le point fort de celui-ci, la protection en faveur de la présomption d'innocence :

69 *D.C.I., op. cit.*, p. 226-227.

70 P. Tousignant, « L'incorporation de la province de Québec dans l'Empire britannique, 1763-1791 », art. cit., xlvii.

71 « [...] de tels changements ne pourraient s'opérer sans être requis par une nécessité pressante et impérieuse que la véritable prudence ne sauraient dédaigner ou négliger ; non cette nécessité imaginaire que la spéculation ingénieuse peut toujours invoquer en vertu de supposition admissible ou de conséquence éloignée et d'arguments exagérés, ni celle qui consiste à assimiler un pays conquis, quant au système des lois et à la forme de gouvernement, à la mère patrie et aux anciennes provinces réunies à l'empire par d'autres événements, en vue d'établir une harmonie et une uniformité irréalisables et qui à mon sens seraient d'aucune utilité si elles pouvaient être réalisées » ; « Rapport du procureur général Edward Thurlow, 22 janvier 1773 », *D.C.I., op. cit.*, p. 425.

72 J. Marriott, « Rapport de l'avocat général James Marriott sur un Code de loi pour la Province de Québec, Londres » (1774), *D.C.I., op. cit.*, p. 449.

73 *Ibid.*, p. 449.



[...] il a cru s'apercevoir aussi que, par la loi anglaise, il pouvait être regardé comme criminel, sur le simple serment d'un homme, sans qu'il y eut corps de délit ou crime démontré, qu'il pouvait, par cela seul, être poursuivi et puni en conséquence. S'il ne peut parvenir à prouver l'alibi, et l'accusateur peut aisément lui ôter cette ressource, pour peu qu'il l'ait observé quelque temps avant : danger le plus funeste qu'il soit même possible de se représenter, auquel le Canadien est certain de n'être jamais exposé par la loi française – quant à l'instruction du procès et aux preuves exigées pour établir son crime et lui en faire subir la peine, il sait que dans la manière de procéder à la française les précautions les plus minutieuses sont observées avec le plus grand scrupule et qu'il ne peut être condamné que sur des preuves aussi claires que le jour [...] <sup>75</sup>.

30. Le gouverneur Carleton, appuyé en cela par le solliciteur général William Hey, souligne en 1769 la difficile adaptation de l'ensemble normatif pénal britannique au contexte de la colonie, la population n'étant pas habituée à des peines aussi sévères :

*Those Laws have such vast Extent, and are for the most part so severe, and there are so many of them improper for the Nature of this country, and so inapplicable to that state of Society, to which this Province has attained, that I twill doubtless be necessary to make great Reforms in some, and totally to exclude others from making any Effect in this Country*<sup>76</sup>.

31. Wedderburn semble fortement lucide sur les avantages et les désavantages intrinsèques du droit criminel britannique. Il souligne que « [l]a loi criminelle d'Angleterre, bien que supérieure à toute les autres, n'est cependant pas exempte d'imperfection et ne peut être adaptée dans son ensemble à la situation du Canada »<sup>77</sup>. Malgré ces difficultés, Alexander Wedderburn plaide longuement pour que la common law et le droit statutaire forment le fondement du droit criminel pour la colonie :

*It might therefore be fit to declare that all criminal matters should be tried and determined according to the common law of England and the Statutes explanatory thereof [...]*<sup>78</sup>.

32. Pragmatiques, nos comparatistes cherchent la voie médiane permettant d'inclure une population dominée par la tradition civiliste dans un système qui devient, petit à petit, mixte. Marriott centre ainsi son propos sur la question de la langue et la difficulté de l'introduction de la procédure du jury auprès de la population canadienne française en mettant de l'avant l'utilité de système de traduction, du recours au jury de *mediatate linguarum*<sup>79</sup>.

33. Même le vindicatif Maseres accepte de reconnaître que l'introduction de certaines règles britanniques est inopportune<sup>80</sup>. Au bout de son analyse de droit comparé, il estime *in fine* qu'il est nécessaire de remettre en vigueur les lois françaises concernant la tenure des terres ainsi que les obligations mutuelles entre les seigneurs et leurs tenanciers, les lois relatives « au pouvoir et au mode d'aliéner, d'hypothéquer ou de grever d'une autre manière la propriété foncière » et celles relatives à l'héritage et au douaire. Cela doit être fait afin de « prévenir l'introduction des lois anglaises à ce sujet, [à] savoir la doctrine « *of estates-tail* »<sup>81</sup>, le statut « *de donis* »<sup>82</sup>, le moyen d'éluider ce statut « *by common recoveries* », la doctrine relative aux amendes, le droit statutaire au sujet de l'usufruit et la doctrine concernant les usufruits en général et

74 M. Chartier de Lotbinière, « Mémoire de Lotbinière », *D.C.I., op. cit.*, p. 547. Sur ce débat, voir l'article d'André Morel, « La réception », art. cit., p. 480 et suiv. ainsi que D. Fyson, *Magistrats, police et société, La justice criminelle ordinaire au Québec et au Bas Canada*, Montréal, éd. Hurtubise, 2010, p. 333.

75 Michel Chartier de Lotbinière, « Mémoire de Lotbinière », *D.C.I., op. cit.*, p. 547.

76 Guy Carleton et William Hey, *Report upon the Laws and Courts of Judicature in the Province of Quebec, 15 septembre 1769, Registre des Lois du Québec*, p. 71, cité par A. Morel, « La réception », art. cit., p. 465.

77 « Rapport du solliciteur général Alexandre Wedderburn », 1769, *D.C.I., op. cit.*, p. 410.

78 A. Wedderburn, « Rapport de Wedderburn », Ms, fol. 12, cité par A. Morel, « La réception », *op. cit.*, p. 467.

79 « La réponse à la plainte sera rédigée en français ou en anglais et devra être ajoutée au dossier ; le juge pourra interroger lui-même les parties [...]. Si le litige a lieu entre un sujet originaire d'Angleterre et un Canadien le jury devra être mixte si l'une ou l'autre des parties la demande et chaque membre du jury devra recevoir cinq schellings car l'on rapporte, et cette information provient de bonne source, que les canadiens se plaignent de l'obligation de remplir la charge de juré dans les procès civils ; cette tâche est pour eux un fardeau et les détourne de leurs occupations. Bien qu'ils aiment assez à être jugés par des jurés, ils n'aiment pas à remplir les fonctions de jurés sans rémunération » ; J. Marriott, « Rapport de l'avocat général James Marriott sur un Code de loi pour la Province de Québec, Londres » (1774), *D.C.I., op. cit.*, p. 454.

autres « doctrines compliquées relatives à la propriété immobilière qui sont tellement remplies de subtilités, de complications et de variétés, que leur introduction dans cette province plongerait les habitants, sans excepter les avocats anglais, dans un labyrinthe inextricable ». Il croit pour ces raisons que les « lois anglaises relatives à ces sujets, ne doivent jamais être introduites ici et que les anciennes lois françaises qui s’y rapportent, doivent pour le présent être remise en vigueur ». Sa logique vise néanmoins à « laisser les lois anglaises subsister comme lois générales dans la province [...] »<sup>83</sup>. Plus tardivement, l’introduction de la faillite donnera lieu à une opposition entre un projet de loi d’inspiration française, adopté par l’Assemblée élue et un projet de loi du Conseil, puisant aux sources anglaises<sup>84</sup>, obligeant à un nouveau comparatisme.

34. Le coût de la justice constitue un dernier ensemble d’étude pour les juristes Britanniques et Canadiens. Si ces derniers s’insurgent contre les coûts prohibitifs, tant de la procédure que des avocats, les juristes Anciens sujets de Sa Majesté jugent la question du coût, non pas au regard du système quasiment gratuit de la colonie, mais au regard du système continental, ce qui, méthodiquement, vicie totalement la perspective. Ainsi, Wedderburn écrit que « sans vouloir contester la valeur des griefs, on peut supposer néanmoins qu’ils sont un peu exagérés car tous les avocats français qui résidaient au Canada étaient intéressés à ce qu’il en fut ainsi »<sup>85</sup>. Il faut rappeler que durant le régime français, la profession d’avocat n’était pas autorisée à proprement parler, et la justice, notamment celle de l’Intendant, gratuite. Wedderburn, se trompant de perspective, avoue alors sa surprise :

Je ne puis comprendre que l’adoption du système français à l’égard de l’administration de la justice ferait disparaître le mal, car s’il nous est permis de croire les rapports des Français eux-mêmes, les dépenses et les délais que subissent en France ceux qui sont engagés dans des procès donnent lieu à un état de choses des plus intolérables<sup>86</sup>.

\*\*\*\*\*

35. L’ensemble de cette période aboutit, à partir de 1773, aux discussions relatives à l’adoption de l’Acte de Québec. Hey, à la suite de Carleton et de Maseres, comparurent devant la Chambre des Communes à l’occasion des débats. Le leader du gouvernement, lord North, ayant refusé, aux critiques de l’opposition, des copies des « Rapports de ces Messieurs sur les lois de la province de Québec », sous prétexte que ces documents étaient trop longs pour être reproduits, avait privé ses critiques d’utiles sources de renseignements. Aux questions de l’opposition, qui insinuaient l’idée que les Canadiens étaient privés des bénéfices de la loi anglaise, Hey apporta des réponses modérées. Contestant l’idée que la majorité des Canadiens revendiquaient le jugement par jury et une chambre d’Assemblée, il fit valoir l’idée d’une conciliation des lois civiles anglaises et françaises. Hey n’appuya ni n’attaqua le projet de loi qui suivait essentiellement les recommandations faites par Carleton en 1769. Lorsque le Parlement britannique

80 F. Maseres, « Critique par le procureur général Maseres du rapport du gouverneur Carleton à l’égard des lois de la Province de Québec (1769) », *D.C.I., op. cit.*, p. 355.

81 Il s’agit d’un droit limité sur une terre, abrégé ou réduit, droit limité à certains héritiers, et dont les autres héritiers sont exclus. C’est un outil successoral qui permet à la succession des biens d’être prise en exécution de la même manière que les successions dites « en frais simples » en common law. Cette doctrine organise un déséquilibre entre les héritiers.

82 C’est un héritage des temps anciens de la common law. Il constitue un chapitre *De donis conditionalibus* dans les Statuts de Westminster de 1215. Il est à l’origine de la loi « *of entail* », qui interdit à un propriétaire foncier de vendre ses terres ou de les donner à quiconque hormis ses héritiers. Trouvant ses origines avant la conquête normande, ce statut vise à empêcher l’aliénation de la lignée du premier acheteur. Ces garanties étaient également connues sous le nom de « *feuda conditionata* », parce que si le donataire n’avait pas d’héritiers, le domaine revenait au donateur originel, le suzerain. Voir *The Statute of Westminster the Second (De Donis Conditionalibus)*, 13 Edw 1 (1285) c. 1.

83 F. Maseres, « Critique par le procureur général Maseres du rapport du gouverneur Carleton à l’égard des lois de la Province de Québec (1769) », art. cit., p. 354.

84 Voir « Answer to Maseres “Short view of the Bankruptcy Laws” in the *Quebec Gazette*, december 24 and 31, 1767 », *The Maseres Letters 1766-1768*, W. Stewart and M. A. Wallace (éd.), University of Toronto studies, Toronto and Oxford University press, 1919, p. 125 et sq.

85 « Rapport du solliciteur général Alexandre Wedderburn », 1769, *D.C. I., op. cit.*, p. 411.

86 *Ibid.*

adopte l'Acte de Québec en juin 1774<sup>87</sup> et qu'il remet en vigueur les règles appliquées en Nouvelle-France pour toutes les contestations relatives à la propriété et aux droits civils (art. 8), à l'exception des terres concédées en franc et commun socage (art. 9), et le droit public et pénal, sous l'égide de la common law, le droit « canadien » connaît un système mixte solide, auquel les juristes évoqués dans ces lignes ont largement contribué.

36. À la suite de l'adoption de ce texte, certains britanniques implantés dans la colonie signent dès novembre 1774 une pétition demandant l'abrogation du texte, essentiellement pour des raisons, religieuses<sup>88</sup>, commerciales et pénales :

[...] les lois du Canada [...] nous sont complètement étrangères, nous inspirent de la répulsion comme Anglais et signifient la ruine de nos propriétés en nous enlevant le privilège du procès devant jury<sup>89</sup>.

37. Après l'Acte de Québec, la dynamique comparatiste évolue, et disparaît temporairement des enjeux des gouvernants. Ainsi, en devenant juge en chef, Peter Livius s'éleva en vain contre « les procédés arbitraires de la Cour d'appel et le pouvoir incontesté du gouverneur et du conseil dans les affaires judiciaires »<sup>90</sup> mais sans plus s'inscrire dans une perspective comparatiste. Il s'oppose à cette occasion à un emprisonnement ordonné sans mandat judiciaire<sup>91</sup>, et s'opposa au gouverneur Carleton refusant de révéler ses instructions visant à « la mise en vigueur de l'habeas corpus avec des garanties contre l'emprisonnement arbitraire »<sup>92</sup>.

38. Au terme de cette réflexion, c'est bien une logique de temporisation qui va se faire jour, les différents avis de ces juristes et administrateurs semblant avoir prévalu. Dans les instructions du Gouverneur Carleton, l'accent est mis sur la mise en place d'un système « équitable pour administrer la justice civile et criminelle dans toute l'étendue de la province [...] »<sup>93</sup>. La mixité juridique est clairement affirmée :

En effet, si d'une part, c'est notre bienveillante intention, conformément à l'esprit et à la portée dudit acte du Parlement, d'accorder à nos sujets canadiens l'avantage d'avoir recours à leurs propres lois, usages et coutumes dans toutes les contestations concernant les titres de terres, les tenures, la transmission, l'aliénation, l'hypothèque et l'arrangement relatifs à la propriété immobilière et le partage de la propriété mobilière de personnes mortes sans avoir fait de testament, d'autre part, il sera du devoir du Conseil législatif de bien considérer lorsqu'il s'agira d'élaborer les ordonnances qui pourront être nécessaires pour l'établissement des cours de justice et la bonne administration de la justice, si les lois anglaises, sinon entièrement, du moins en partie, ne devraient pas servir de règle dans tous les cas d'actions personnelles au sujet de dettes, de promesses, de contrats et de conventions en matière commerciale ou autrement et au sujet des torts qui doivent être compensés par des dommages-intérêts, surtout si dans les procès de quelque genre qu'ils soient, nos sujets nés-britanniques de la Grande-Bretagne, d'Irlande ou de nos autres colonies qui résident à Québec ou qui iront s'y fixer, ou qui y auront placé des capitaux ou y posséderont des propriétés, sont demandeurs ou défendeurs dans tout procès civil de cette nature<sup>94</sup>.

87 Sur cette question, voir H. Neatby, *Quebec, The Revolutionary Age, 1760-1791*, Toronto, McClelland and Stewart, 1966 ; Ph. Lawson, *The Imperial Challenge, Quebec and Britain in the American Revolution*, Montréal et Kingston McGill-Queen's University Press, 1989.

88 À la suite de ces plaintes, des instructions confidentielles seront adressées au nouveau gouverneur en janvier 1775, prévoyant des dérogations aux principes proclamés l'année précédente, dont la mise en tutelle du clergé catholique par le gouverneur « Instructions au Gouverneur Carleton », art. 20-21, *D.C.I., op. cit.*, p. 578.

89 Ils demandent essentiellement la disparition de l'*Habeas corpus* en matière criminelle, ainsi que le pouvoir du Conseil d'imposer des amendes et des peines d'emprisonnement : « Pétitions pour obtenir l'abrogation de l'Acte de Québec », *ibid.*, p. 571 ainsi que « Pétition aux Lords », p. 574 et « Pétition aux Communes », p. 575.

90 É. Arthur, « Adam Mabane », *D.B.C., op. cit.*, vol. IV, p. 530.

91 Le lieutenant-gouverneur Hector Theophilus Cramahé, remplaçant temporairement Carleton, arrêta un époux et sa femme, tous deux canadiens, pour propos séditieux et « les mit dans une prison militaire, Livius s'insurgea alors « contre cet empiètement sur son autorité » ; L. F. S. Upton, « Peter Livius », *D.B.C.*, vol. IV, p. 522.

92 *Ibid.*

93 « Instructions à Carleton », *D.C. I., op. cit.*, vol. 2, p. 583.

94 *Ibid.*, p. 584.

39. Si la logique du comparatisme s'essouffle partiellement après l'Acte de Québec sous la plume des gouvernants, la nécessité d'évaluer comparativement les normes reste une permanence pour les juges de la Province, confronté à l'ingénierie de ce système mixte. Concentré sur l'établissement d'un droit propre à la province, la dynamique macro juridique s'emparera à nouveau du comparatisme au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, date à laquelle est initiée la rédaction d'un Code civil du Bas Canada<sup>95</sup>, où les normes du Code Napoléon seront pesées, évaluées, adoptées ou rejetées à l'aune de leur utilité et de leur conformité à la tradition juridique de la Province.

**David GILLES**  
**Université de Sherbrooke**

---

95 André Morel, « L'émergence du nouvel ordre juridique instauré par le *Code civil du Bas-Canada* (1866-1890) », *Le nouveau Code civil : interprétation et application. Les Journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 52-59 ; « La codification devant l'opinion publique de l'époque », *Livre du Centenaire du Code civil* (I), textes réunis par J. Boucher et A. Morel, Montréal, Presses universitaires de Montréal, 1970, p. 27 ; F. Parker Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, (intr. et trad. Maurice Tancelin), Toronto, Butterworths, 1980, p. 35-49 ; M. Broodman, J. E. C. Brierley et Roderick A. MacDonald, *Quebec Civil Law. An introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Edmond Montgomery Publication, 1993, p. 5-74 ; David Gilles, *Essais d'histoire du droit. De la Nouvelle-France à la Province de Québec*, Sherbrooke, éd. RDUS, 2013, p. 360 et sq.