



LES ACTEURS DE LA NORME COLONIALE FACE AU DROIT
MÉTROPOLITAIN : DE L'ADAPTATION À L'APPROPRIATION
(CANADA XVII^e-XVIII^e s.)

Résumé :

Depuis l'entrée de la colonie dans le modèle normatif français (1664) puis britannique (1763), les praticiens du droit « québécois » ont cherché à résister à une application de normes inadaptées au contexte de la colonie. Le discours sur le droit de la Nouvelle-France constitue alors le reflet tour à tour des aspirations et de la culture juridique des juristes locaux et, à d'autres occasions, de la volonté et des attentes de l'administration métropolitaine. Il s'agit alors bien souvent d'une image déformée de la réalité de ce que devrait être, ou pourrait être, le droit colonial. Toutefois, les différents discours sur le droit qui émanent des praticiens, magistrats et administrateurs de la colonie témoignent d'un fort souci d'adaptation, d'une souplesse réelle, d'une volonté de porter le droit de la colonie à une plus grande efficacité, en le détachant petit à petit de son modèle métropolitain. La première étape de l'autonomisation du droit québécois apparaît donc avant la Conquête et la nécessité d'affirmer des racines juridiques sur une base civiliste, autour de la coutume de Paris. Si dans le cadre de la Nouvelle-France, ce sont les administrateurs qui adapte la norme coloniale, ce sont les juges britanniques qui accompagnent la pratique – et notamment les notaires - de manière à échapper à l'application des normes britanniques de droit privé au moment de la Conquête. Dans la doctrine postérieure à la Conquête, c'est la magistrature britannique qui mène une réflexion protéiforme afin de permettre une transformation des normes coloniales, la critique se voulant toutefois constructive et permettant de facto la mise en place du droit québécois mixte.

Abstract :

Since the entrance of the colony to the French normative model (1664) then British (1763), the canadian jurists tried to resist an application of standards unsuitable for the context of the colony. If, during New-France colony, the magistrates and the administrators make act of a felted resistance, the solicitors will act in practice so as to escape with care of the British standards at the time of the Conquest. As such, New France's law is founded on a reflection of the shifting desire and the legal culture of local jurists, and at times on the willingness and expectations of the metropolis' administration. This discourse usually consists of a distorted image of the reality of what should be, or rather what could be, colonial law. Conversely, the various discussions on the law which emanate from practicians, magistrates, and administrators of the colony demonstrate strong concern for adaptation, a genuine flexibility and a longing to elevate colonial law to a greater degree of efficiency, thereby gradually distinguishing it from its metropolitan model. The Conquest provided Quebec law with the opportunity to acquire autonomy while impressing the necessity to establish legal roots on a civil foundation inspired by Paris custom. After the english conquest,, justice and english lawyers lead a wrestling to adapt or resist to certain french legal techniques, but they are, at the same moment, the founders of the mixed character of the Quebecois private law.

David Gilles, Professeur de droit, Université de Sherbrooke, (Canada)

david.gilles@usherbrooke.ca.

LES ACTEURS DE LA NORME COLONIALE FACE AU DROIT
MÉTROPOLITAIN : DE L'ADAPTATION À L'APPROPRIATION

(Canada XVIIe-XVIIIe s.)

1. L'étude et la connaissance du droit est évidemment liée à ses acteurs et à une profession qui s'identifie à la norme et à l'État, dont elle constitue un relais privilégié. Cette réalité est encore plus prégnante dans le contexte colonial où la force publique modèle le système juridique à l'aune de ses besoins ou de ses idéologies, mais où les conditions de développement obligent à une forte autonomie des relais de pouvoir. Les acteurs de la norme détiennent ainsi largement les clés de l'établissement, de l'évolution et de l'acceptation des règles coloniales. Toutefois, dans le monde colonial d'ancien régime, ces acteurs sont bien souvent peu nombreux et peu formés aux arcanes juridiques, ce qui sembler diminuer *de facto* leur poids sur la norme. Il faut en effet s'interroger sur ces personnes qui sont amenées à être les acteurs de la norme coloniale. Si le législateur métropolitain joue un rôle primordial, les acteurs traditionnels de la norme se retrouvent dans le contexte colonial : ce sont les administrateurs, les juges, les procureurs du roi, les universitaires et la doctrine, mais aussi des acteurs moins directs, ou moins traditionnels, comme les groupes de commerçants ou l'opinion publique en formation. L'importance des uns et des autres s'avère souvent spécifique au contexte colonial, les structures professionnelles et les contraintes étant fort différentes.

2. Dans le contexte de la Nouvelle-France, le pouvoir monarchique érige en 1664 la Coutume de Paris au rang de norme coutumière unique pour la colonie¹. De nombreuses modifications seront alors adoptées, sans modifier pour autant la logique et la souplesse de la norme coutumière. Il en est de même pour l'ordonnance civile de 1667, qui connaîtra dans le contexte canadien à la fois bien des aménagements, mais aussi une pérennité forte, puisque certaines de ses dispositions se trouveront encore au cœur de la codification du droit civil du Bas-Canada, en 1866. Ces modifications successives, initiées pour partie par les juristes de la colonie, vont aboutir à une coutume qui progressivement s'adapte à son environnement si particulier, même si, *de jure*, c'est toujours la Coutume de Paris qui

¹ J. Vanderlinden, « La réception des systèmes juridiques européens au Canada », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. LXIV, 1996, pp. 359-389.

s'applique au moment où la colonie tombe sous le joug anglais en 1760. Certaines de ces évolutions furent le fait des conseillers du Conseil supérieur, qui obtiennent de Versailles dans un premier temps la suppression de certaines dispositions comme étant inadaptées au contexte de la colonie. Ainsi, seules certaines dérogations circonstanciées sont tout d'abord acceptées, notamment l'abandon des dispositions relatives à la garde-noble, inadaptées à la colonie². Dans la première moitié du XVIII^e siècle, les juristes font état de certains manquements des habitants de la colonie dans l'application de la Coutume de Paris³.

3. Mais d'autres juristes, faisant état de l'apparition de certaines adaptations propres à la société coloniale, suggèrent dans le même temps certaines modifications de la lettre de la coutume. Le pouvoir métropolitain est lui-même parfois soumis à certaines tentations réformatrices, même s'il tente de ne pas y succomber⁴. Ainsi, en matière de mariage, de saisies réelles, de servitudes, de garde-noble, de droits seigneuriaux..., les juristes et les habitants de la colonie pèsent sur la norme coutumière afin de lui faire épouser les nécessités de ce territoire et de son peuplement⁵. On comprend bien, dès lors, que lorsque la Conquête de 1760 par les Britanniques rend nécessaire un état des lieux du droit privé, le juriste chargé de cette difficile tâche, F.-J. Cugnet⁶ constate à la fois une forte disparité entre la pratique coloniale et la lettre de la Coutume telle qu'appliquée en région parisienne, mais tente aussi, par une publication orientée, d'influer sur l'application future de cette norme sous l'égide des juridictions britanniques. C'est alors

² Un certain nombre d'articles de la coutume ne s'appliquent ainsi pas à la Nouvelle-France. Il s'agit essentiellement du titre 12, concernant la garde-noble et bourgeoise, et les articles 46, 48, 85, 86, 91, 95, 111, 112, 122, 163, 173, 174, 193, 219, 238, 290, 347, 350 à 352 et 353.

³ Voir 5 mai 1717, arrêt du Conseil de Marine sur une lettre de Bégon du 14 octobre 1716 au sujet des servitudes, contraires à la Coutume de Paris, imposées par les seigneurs à leurs censitaires, AC, MG1-G1, bobine no. F-766, vol. 462, fol. 85-87v ; 20 octobre 1727, lettre de M. Dupuy au ministre, AC, MG8-A1, bobine no. C-13999, vol. 10, p. 1791-1793.

⁴ Voir instructions de Colbert à Talon, 20 février 1668, 224MIOM/2, Centre des Archives d'Outre-Mer, Aix-en-Provence (ci-après CAOM), C11A, vol. 2, fol. 14 et fol. 19.

⁵ Voir D. Gilles, « La condition juridique de la femme en Nouvelle-France : essai sur l'application de la Coutume de Paris dans un contexte colonial », *Cahiers aixois d'histoire des droits de l'outre-mer français*, PUAM, Aix-en-Provence, n°1, 2002, pp. 77-125

⁶ F.-J. Cugnet, *Traite abrégé des anciennes lois, coutumes et usages de la colonie du Canada, aujourd'hui province de Québec (...)*, Québec, chez W. Brown, 1775 (ci-après *Abrégé*)

que des acteurs étrangers s’emparent de cette question pour projeter sur le droit français un regard extérieur afin d’évaluer ses qualités et ses particularités.

4. Si, comme l’affirmait Tocqueville, « [c]’est dans les colonies qu’on peut le mieux juger la physionomie du gouvernement de la métropole (...) »⁷, elles apparaissent, c’est une litote, comme un formidable laboratoire d’essai et d’analyse. S’il faut être conscient du manque de formation juridique criant, les écrits des juristes et administrateurs coloniaux témoignent d’une aspiration à l’élévation juridique, à un idéal de droit qui disparaît largement dans les débats métropolitains à la fin de l’Ancien Régime français. Lors de la Conquête, l’essentiel de la politique coloniale britannique se traduit en termes d’abandon, d’adaptation ou d’affirmation de normes, le résultat des débats des années 1760-1774 aboutissant à une solution mixte et originale, tant du point de vue des autres colonies britanniques que du système juridique colonial français existant antérieurement à la Conquête.

5. Antérieurement, le Régime français avait offert l’occasion aux juristes et aux administrateurs de la colonie d’adapter les normes métropolitaines au contexte de cette dernière. Dans ce cadre, les enjeux sont limités. Il s’agit essentiellement d’adaptation à visées pragmatiques ou constituant la poursuite d’intérêts divers, comme la promotion sociale, les rapports politiques au sein du Conseil Supérieur ou le développement mercantile. La science du droit est alors relativement pauvre, en raison de la formation des acteurs, des besoins et des enjeux de subsistance de la colonie. Toutefois, on voit apparaître certains recours à un droit comparé archaïque, à une herméneutique de la norme métropolitaine, à une réforme et une caractérisation d’un droit colonial propre, dont la doctrine balbutiante se fera l’écho à la toute fin du Régime français.

6. La Conquête britannique fait intervenir un nouveau type d’acteur, apportant un regard neuf et extérieur à la norme, celui des juristes de *common law*. Les acteurs sont également quelque peu différents. Ils font montre pour certains à la fois d’une immense science du droit, mais également de certains partis pris idéologiques, la confrontation des cultures juridiques anglaise et française favorisant les antagonismes. La comparaison des droits, si ce n’est encore un véritable droit comparé, s’affirme clairement, dans une perspective sociale et identitaire. Certes, il s’agit essentiellement de juristes anglais qui écrivent sur le droit français tel qu’appliqué dans la colonie, mais le pragmatisme de certains administrateurs jette les bases d’une sauvegarde de la tradition juridique,

⁷ A. de Tocqueville, *L’Ancien régime et la Révolution*, J.P. Mayer (dir.), Paris Gallimard, 1967, p. 351.

dont la doctrine et la magistrature canadienne fera son socle identitaire au XIXe siècle.

7. Ces deux regards, l'un endogène (I) et l'autre exogène (II), permettent de faire apparaître ce qu'est véritablement la norme coloniale, c'est-à-dire une norme protéiforme, probablement plus souple que sa consœur métropolitaine et permettent de caractériser ce que sont ses acteurs, des hommes capables d'une forte adaptation à la contrainte.

I L'acteur endogène : l'adaptation de la norme

8. La colonie de Nouvelle-France est relativement exemplaire du point de vue du « modèle » colonial d'ancien régime français. Reprise en main par le pouvoir monarchique au XVIIe siècle après une gestion privée, son administration et son droit sont le reflet d'une volonté royale d'organiser les colonies sur un modèle métropolitain. Mise en place d'une norme coutumière unique - la Coutume de Paris -, d'un modèle institutionnel proche du modèle métropolitain - gouverneur, intendant, conseil souverain ou supérieur⁸ - le cadre colonial marque la colonie d'une empreinte monarchique forte. Singularité de la Colonie, l'interdiction de reconnaître les procureurs ou avocats est permanente dans les instructions aux administrateurs⁹, ce qui affaiblit d'autant la doctrine locale et la réflexion sur le droit. Les acteurs du droit colonial se trouvent donc dans une situation de soumission forte à la volonté normative métropolitaine.

9. De plus, ces cadres du droit colonial français ne sont pas forcément dotés des outils intellectuels et juridiques permettant une réflexion riche en matière de norme coloniale. Sans formation juridique universitaire le plus souvent, le juriste colonial est souvent décrié par sa méconnaissance de la norme et les procureurs généraux doivent souvent les rappeler à l'ordre afin d'assurer l'exercice d'une saine justice¹⁰. Comme

⁸ Voir É. Frélon, *Les pouvoirs du conseil souverain de la Nouvelle-France dans l'édition de la norme (1763-1760)*, l'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2002 ; J. Delalande, *Le Conseil souverain de la Nouvelle-France*, Québec, Proulx, 1927.

⁹ Voir G. Lanctôt, *L'administration de la Nouvelle-France*, éd. du jour, 1971, p. 67.

¹⁰ Voir 20 janv. 1706, réquisitoire procureur général Ruette d'Auteuil, (toutes les références relatives au fonds C11A et C11B ont été consultées aux Archives du Canada, Ottawa), C11A, vol. 25, fol. 257-257v.

pour son confrère métropolitain, une logique de corps s'affirme très tôt¹¹ et une défense de la tradition juridique au sein du Conseil prend forme jusqu'à la Conquête. Toutefois, certains acteurs se démarquent, et les bureaux de Versailles ne sont pas totalement réfractaires à un aménagement des normes métropolitaines¹².

A/Magistrats, administrateurs coloniaux : l'adaptation par le monde judiciaire

10. Après les entrées en scène des grandes ordonnances royales, les juristes et les conseillers de la colonie soulignent rapidement les difficultés de leurs applications *in extenso* dans la colonie. Dès la réception de la Coutume de Paris au sein du Conseil Supérieur, les juristes et les administrateurs de la colonie jouent un rôle actif sur son évolution et son adaptation au contexte colonial¹³, même si l'application conforme de la Coutume pose des difficultés¹⁴. Il faut toutefois nuancer et comprendre que les dénonciations de la mise en pratique défectueuse de la Coutume servent souvent des stratégies politiques et les rapports de force internes à la colonie. La même logique d'adaptation se retrouve pour l'ordonnance civile de 1667. Ainsi le Conseil Souverain établi le 07 novembre 1678 un certain nombre d'observations sur l'ordonnance civile et évoque l'impossibilité « d'exécuter certains de ses articles au Canada »¹⁵. Le pouvoir royal entérine ces modifications en juin 1679, faisant siennes la plupart des réflexions des

¹¹ Voir par exemple, 1702, requête de membres du Conseil souverain au ministre, C11A, vol. 20, fol. 81-82v.

¹² 24 janv. 1667, projet de règlement fait par Tracy et Talon pour la justice et la distribution des terres du Canada, C11A, vol. 2, fol. 334-345v.

¹³ Sur l'application de la Coutume de Paris, voir D. H. Senécal, « Histoire de la Coutume de Paris », *Revue canadienne*, 1864, pp. 163-169 ; A. Gerin-Lajoie, « Introduction de la Coutume de Paris au Canada », *Revue du barreau de la province de Québec*, 1941, pp. 61-65 ; Y. Zoltvany, « Esquisse de la coutume de Paris », *Revue d'Histoire de l'Amérique française (RHAF)*, 25-3, 1971, pp. 365-384 ; S. Dauchy, « La réponse du conseil souverain de Québec au problème des délais de procédure (1663-1703) », Van Rhee R. (dir.), *The Law's Delay : Undue Delay in Civil litigation*, Maastricht, 2004, pp. 83-93, pp. 88-90.

¹⁴ 1715, précis d'un mémoire de Ruette d'Auteuil à Pontchartrain concernant la mauvaise administration de la justice au Canada ; C11A, vol. 34, fol. 445-450.

¹⁵ 07 nov. 1678, procès-verbal dressé par le Conseil souverain de Québec, C11A vol. 4, fol. 207-213v.

juristes coloniaux¹⁶. La colonie est confrontée au manque de personnel judiciaire, à l'éloignement et aux difficultés de communication. La métropole, après examen des remontrances formulées par la juridiction canadienne, décide donc d'adapter la norme procédurale dans un esprit de collaboration¹⁷.

11. Malgré ces adaptations, le droit colonial reste fragile, lacunaire, mal connu. En 1707, l'intendant Raudot souligne auprès du ministre l'augmentation quotidienne de « l'esprit d'affaires et de chicane », remarquant que « l'ignorance et le peu de règles qu'on a observées » jusqu'alors dans les contrats occasionnent « bien des litiges » et risquent de les multiplier à l'envi¹⁸. Il regrette la coutume locale de « recevoir les requêtes en révision d'arrêts », et s'insurge contre « la liberté qu'on s'est donnée depuis trois ou quatre ans de porter au Conseil du roi toutes les affaires de ce pays »¹⁹. Si le portrait est relativement peu flatteur, le remède qui est envisagé réside essentiellement dans la multiplication des déclarations royales afin de réaffirmer le droit. L'intendant déclare s'être attaché à réformer plusieurs abus et a rappelé l'ensemble des acteurs du monde juridique à leurs devoirs. On agit donc à la fois dans l'affirmation des principes et la remise au pas des acteurs. Au regard des règles métropolitaines et des variations de la pratique juridique locale, on comprend que la norme métropolitaine est mal connue par les instances les plus hautes de la colonie et que ces adaptations et dénonciations sont davantage le fait de stratégies individuelles et de visées politiques que de préoccupations juridiques²⁰. Raudot vise encore en 1711 la réaffirmation des formes « (...) qui doivent être observées dans les justices seigneuriales à l'égard des baux qu'on fait pour les biens des mineurs »²¹. La méconnaissance des normes n'est toutefois pas toujours à porter au débit

¹⁶ Juin 1679, édit qui confirme le règlement fait par le Conseil souverain de Québec pour l'interprétation de divers articles de l'ordonnance royale de 1667, C11A vol. 5, fol. 128-132 ; 1679, édit du roi entérinant en partie le règlement du Conseil souverain du 7 novembre 1678, C11A vol. 4, fol. 214-216.

¹⁷ Voir S. Dauchy, *op. cit.*, p. 84 et sq.

¹⁸ 10 nov. 1707, lettre de Jacques Raudot au ministre, C11A vol. 26, fol. 150-175

¹⁹ *Ibid.*, fol. 172-174.

²⁰ Voir 15 septembre 1727, lettre de Beauharnois au ministre, C11A vol. 49, fol. 91-92v

²¹ 14 mars 1711, ordonnance de l'intendant Jacques Raudot au sujet des formalités qui doivent être observées dans les justices seigneuriales, Bibliothèque et Archives Nationales du Québec (ci-après BANQ), E1, S1, P772

des acteurs du monde colonial. Beauharnois et Aigremont se plaignent ainsi en 1728 du faible nombre d'exemplaires de l'ordonnance du 1^{er} juillet 1727 concernant la punition des crimes et délits militaires et demandent « (...) qu'à l'avenir, on envoie un plus grand nombre d'exemplaires des ordonnances, règlements, édits du roi qui doivent être diffusés dans les trois gouvernements » de Québec, Montréal et Trois-Rivières²².

12. Si la connaissance de la norme fait parfois défaut, il n'en reste pas moins que face aux règles édictées par les administrateurs, un regard critique se développe tout au long du régime français, et que les mémoires envoyés aux bureaux versaillais sont souvent le creuset d'une herméneutique juridique naissante²³. C'est à cet art difficile que Mathieu-Benoit Collet s'attelle lors de ses prises de fonctions en tant que procureur général au Conseil Souverain, visant à la fois l'affirmation de règles claires et adaptées mais également une meilleure instruction du droit applicable, tant auprès des juristes que des colons²⁴.

13. Lorsque Collet fut nommé procureur général au Conseil supérieur, le 14 juin 1712, il comble un vide de six ans durant lequel le poste était inoccupé²⁵. Avocat au parlement de Paris, fils de Benoît Collet, lui-même avocat dans la même juridiction, il agira à titre de procureur général jusqu'à sa mort en 1727. À son entrée en fonction, il souligne immédiatement les adaptations nécessaires et les dysfonctionnements du système judiciaire dans la colonie²⁶. Ayant sa propre conception de la charge, il donnait, en plus de ses conclusions, les motifs sur lesquels il s'était fondé, dans une volonté pédagogique, selon lui. Il refusait même de se retirer, durant les délibérations des conseillers. Ces comportements lui valurent l'ire du premier Conseiller Martin de Lino qui conteste la prétention du procureur général Collet « à être présent durant la visite d'un

²² 1^{er} oct. 1728, lettre de Beauharnois et d'Aigremont au ministre, C11A vol. 50, fol. 9-10v

²³ Voir par exemple le mémoire du 12 juin 1737, sur les deux ordonnances rendues en 1733 et 1734 par M. De Saint-Ovide et M. Le Normant sur la pêche, C11B vol. 19, fol. 285-287v.

²⁴ Ce souci de la diffusion et de la connaissance du droit applicable sera une constante ; voir 10 septembre 1746, lettre de Hocquart au ministre, C11A, vol. 85, fol. 307-308v.

²⁵ A. Morel, « Mathieu-Benoit Collet », *Dictionnaire Biographique du Canada (ci-après DBC)*, vol. 2, University of Toronto press et PU Laval, 1969, pp. 156-158.

²⁶ 05 novembre 1712, lettre de M.-B. Collet, au ministre, C11A vol. 33, fol. 190-193v.

procès criminel »²⁷, effectivement contraire à la lettre de l'ordonnance criminelle²⁸. Collet réagit alors en répondant point par point aux critiques du conseiller de Lino²⁹. Le 14 novembre 1714, une lettre de Collet, s'attaque à ces critiques « injustifiées »³⁰, il justifie son interprétation des ordonnances de 1667 et 1670³¹ par une volonté pédagogique, face à des conseillers dont il dénonce le manque de compétence³². Cette posture est décriée par Martin de Lino, qui y voit un moyen de biaiser la liberté des conseillers, en apportant des motivations écrites auxquelles ils ne pourraient s'opposer par leur « connaissance insuffisante du droit »³³. C'est à bon droit, estima la métropole, que les agissements de Collet avaient fait l'objet de plaintes de la part des conseillers car, s'ils étaient inspirés d'une louable intention, ils n'en pouvaient pas moins « gêner les suffrages des juges »³⁴.

14. Dès son entrée en fonction, Collet entreprit une identification des difficultés qu'il y avait à appliquer de façon rigoureuse la législation royale sans adaptation³⁵. Les modifications de l'ordonnancement juridique au contexte colonial sont relativement ambitieuses sous sa plume, mais il se doit de tenir compte des compétences de l'intendant en la matière³⁶. Il propose deux solutions permettant de résoudre, selon lui, les difficultés rencontrées au Canada relativement à la procédure civile. Considérant que les Canadiens, « connaissant mal l'ordonnance de 1667 et les règlements et édits qui en ont modifié certaines dispositions (...) », sont la proie des praticiens et de « ceux qui ont l'esprit processif »³⁷, il propose de faire valider « tous les actes, contrats et procédures sur licitations ou

²⁷ Lettre de Martin de Lino, mémoire touchant certains articles des ordonnances de 1667, 1669 et 1681, C11A, vol. 34, fol. 424-425v.

²⁸ Art. 2, titre 24 ; D. Jousse, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670*, Paris, chez Debure, 1763, p. 427.

²⁹ S.l.n.d., réponse (de Mathieu-Benoît Collet) aux observations de Martin de Lino sur certains articles des ordonnances de 1667, 1669 et 1681, C11A, vol. 2, fol. 364-370v.

³⁰ 14 novembre 1714, lettre de Collet au ministre, C11A, vol. 34, fol. 367v-368v, fol. 367v.

³¹ D. Jousse, *Nouveau commentaire*, *op. cit.*, p. 427.

³² 14 novembre 1714, lettre de Collet au ministre, *op. cit.*, fol. 368.

³³ *Ibid.*, fol. 368v.

³⁴ A. Morel, « M.-B. Collet », *op. cit.*, p. 156.

³⁵ 30 octobre 1715, lettre de Collet au ministre, C11A, vol. 35, fol. 242-245v., fol. 242v.

³⁶ *Ibid.*, fol. 242v-243.

³⁷ 15 juin 1717, délibération du Conseil de Marine sur un mémoire de Collet, C11A, vol. 37, fol. 291-294.

adjudications par décret jusqu'en l'année 1710 inclusivement » ou de rédiger un projet d'ordonnance qui remplacerait l'ordonnance de 1667 sur la procédure civile et les règlements subséquents. Dans un premier temps, la réponse de la métropole est circonspecte. Le Conseil de la Marine refuse la première proposition et, concernant le projet d'ordonnance se demande « s'il compte le faire en France ou au Canada, quel temps il y emploiera et quelle dépense ce sera pour le roi »³⁸. Collet sollicita la permission de présenter ses réflexions à Versailles à l'automne 1716.

15. Les neuf mémoires qu'il soumet au Conseil de Marine au cours de l'année 1717 prouvent l'intérêt qu'il avait pris aux affaires de sa charge³⁹. Ces mémoires, s'ils ne reçurent pas tous un accueil favorable, témoignent d'un esprit industriel, fin et d'une bonne maîtrise du droit. Concernant les pratiques du Conseil, Collet se fait à cette occasion le défenseur de la coutume coloniale locale établie « depuis plus de 50 ans »⁴⁰ qui consiste à permettre aux conseillers d'agir à titre de procureur pour les membres de leurs familles et leurs amis⁴¹. Le contexte bien particulier de la colonie et la difficulté à trouver des praticiens⁴² justifie cet usage, contesté par certains juristes de Nouvelle-France, alléguant de l'art. 115 de l'ordonnance de Blois⁴³. Évoquant les ordonnances contraires à cet usage, le procureur les réfute de manière assez lapidaire⁴⁴. En définitive, le Conseil de la Marine décide d'adopter ces vues et ordonne de dresser un règlement conforme à ce projet pour toute la colonie⁴⁵ mais il souligne que « le Conseil ne peut

³⁸ *Ibid.*, fol 294.

³⁹ A. Morel, « M.-B. Collet », *op. cit.*, p. 157.

⁴⁰ *s.d.*, lettre de Mathieu-Benoît Collet au Ministre, *C11E vol. 11, fol. 55-56v.*

⁴¹ 30 octobre 1715, lettre de Collet au ministre, C11A, vol. 35, fol. 245v-246.

⁴² Et cela même si, d'autre part, il conteste la possibilité pour les huissiers et notaires de jouer le rôle de procureur ; 1717, lettre de M.-B. Collet au Ministre, *C11E, vol. 11, fol. 53-54v*

⁴³ « (...) nonobstant ces raisons, quelques praticiens ont voulu attaquer cet usage sous prétexte que par les anciennes ordonnances, spécialement par l'art. 115 de celle de Blois, il est défendu aux présidents, conseillers et procureurs généraux de postuler et consulter pour les parties » ; 30 octobre 1715, lettre de Collet, *op. cit.*, fol. 246.

⁴⁴ *Ibid.* Voir « Édit de création du conseil supérieur de Québec avril 1663 », *Édits, ordonnances royaux déclarations et arrêts du Conseil d'État du Roi concernant le Canada*, Québec, Desbarats, 1803, 2 vol., vol. 1, pp. 21-24.

⁴⁵ 1717, copie du mémoire présenté au Conseil de Marine par M.-B. Collet, MG2-B3, vol. 247, fol. 412-415v.

recevoir aucune proposition » qui soit « contraire à la Coutume de Paris et aux ordonnances du roi »⁴⁶.

16. Dans les trois mémoires qu'il soumet sur ce sujet au Conseil de Marine, en 1717, Collet invite le pouvoir à réduire les procédures. Il proposa de rédiger un projet d'ordonnance qui remplacerait, au Canada, l'ordonnance de 1667⁴⁷. Il montre son indépendance dans sa perception de l'organisation du système judiciaire, demandant notamment, contre l'avis de l'intendant Bégon, la possibilité pour le Conseil supérieur, par une déclaration royale, d'avoir connaissance en première instance des cas royaux et prévôtaux, ce qui se trouve contraire « à l'usage de Paris »⁴⁸ et justifie le refus d'une telle éventualité, selon le Conseil de la Marine. Concernant les difficultés rencontrées par les plaideurs et les praticiens, Collet a tenté d'introduire une école de droit à Québec. Souhaitant créer cette institution pour que « ceux qui aspirent aux charges de judicatures puissent être instruits »⁴⁹, il sollicita l'administration afin de lui fournir quelques livres mais le projet resta lettre morte et ce sera L.-G. Verrier qui le reprendra à son crédit en 1733.

17. Collet intervient positivement dans l'organisation du notariat⁵⁰ même s'il voyait de manière circonspecte l'action des notaires comme procureurs. La déclaration royale du 2 août 1717 pour la conservation des minutes des notaires, fait suite à un mémoire de Collet où il « signalait la nécessité d'obliger les notaires à classer leurs actes par ordre chronologique et le besoin d'instituer un système d'inventaire et de dépôt des greffes des notaires décédés »⁵¹. C'est surtout la transmission et la conservation des greffes qui fait défaut selon lui : on trouve dans la colonie, si on en croit sa plume « des minutes et protocoles de notaires décédés non enregistrés ni même attachés ensembles qui sont entre les mains d'héritiers ignorants

⁴⁶ 16 juin 1717, délibération du Conseil de Marine sur un mémoire de Collet, C11A vol. 37, fol.245-246

⁴⁷ 18 juin 1717, déclaration du Conseil de Marine, C11A vol. 37, fol. 247-247v ; voir également 16 mars 1718, délibération du Conseil de Marine et décision du régent à propos de demandes de Mathieu-Benoît Collet, C11A, vol. 124, fol. 153-154v.

⁴⁸ 8 janvier 1721, résumé d'une lettre de Bégon datée du 6 novembre 1720 et délibération du Conseil de Marine, C11A, vol. 43, fol. 35-38.

⁴⁹ Voir 17 mars 1717, délibération du Conseil de Marine sur une requête de Collet, C11A vol. 37, fol. 112-114v, fol. 117 ; 15 juin 1717, délibération du Conseil de Marine sur une requête de Mathieu-Benoît Collet, C11A vol. 37, fol. 235-236.

⁵⁰ 1717, lettre de Mathieu-Benoît Collet au Ministre, C11E, vol. 11, fol. 51-52v

⁵¹ A. Morel, « M.-B. Collet », *op. cit.*, p. 157.

(...) »⁵². Il demande un règlement afin que tous les notaires soient tenus « de lier ensemble par années et par dates les minutes de tous les actes ». Il envisage une série de contrôles, obligeant les procureurs des tribunaux à se « transporter dans l'étude de chaque notaire de leur district », cela chaque année, afin de visiter les minutes de l'année précédente. De plus, les « juges ordinaires des lieux » devront se rendre aux domiciles des notaires décédés afin d'établir un inventaire de leurs minutes et les conserver dans leurs greffes⁵³. Il souhaite « défendre aux notaires non seulement d'entreprendre la conduite d'aucun procès mais encore de conseiller ou d'écrire pour aucune partie »⁵⁴. Dans le même temps, il se propose d'abolir « les appointements à mettre en droit au Conseil et les conclusions en procès par écrit »⁵⁵.

18. Défenseur des prérogatives du Conseil Supérieur, notamment face aux agissements de l'Amirauté⁵⁶, du pouvoir militaire⁵⁷ - ce qui lui vaut des conflits avec le gouverneur Vaudreuil⁵⁸ - aux pouvoirs seigneuriaux⁵⁹ ou aux actions de l'Évêque⁶⁰, il jouera un rôle d'importance, notamment dans l'établissement administratif des paroisses de la colonie⁶¹.

⁵² 5 juin 1717, délibération du Conseil de Marine sur un mémoire de Collet, C11A vol. 37, fol. 217-221v, fol. 217.

⁵³ *Ibid.*, fol. 218-221.

⁵⁴ 16 juin 1717, délibération du Conseil de Marine sur un mémoire de Collet, C11A vol. 37, fol. 241-244.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ 8 novembre 1712, lettre de Collet au ministre, C11A vol. 33, fol. 194-197.

⁵⁷ 10 mars 1720, requête de M.-B. Collet, au comte de Toulouse et délibération du Conseil de Marine, C11A vol. 42, fol. 248-249v. Voir également *30 juillet 1720*, résumé d'une lettre de Collet datée du 10 mars 1720 et délibération du Conseil de Marine, C11A vol. 41, fol. 342-344v.

⁵⁸ 31 janv. 1722, délibération du Conseil de Marine sur une lettre de Vaudreuil datée du 2 novembre 1721, C11A vol. 124, fol. 498-500v.

⁵⁹ 20 octobre 1727, lettre de l'intendant Cl.-Th. Dupuy au ministre, C11A vol. 106, fol. 137-155v.

⁶⁰ 15 juin 1717, délibération du Conseil de Marine sur un mémoire de Collet, C11A vol. 37, fol. 223-225v.

⁶¹ 1717-1720, délibération du Conseil de Marine ou mémoire sur les paroisses, C11A vol. 106, fol. 395-396 ; voir également *8 oct. 1721*, lettre de Vaudreuil et Bégon, C11A vol. 44, fol. 6-28v. Le régent et le Conseil de la Marine décident d'homologuer le règlement des districts de paroisses et de donner 1 200 l. de gratification à Collet et 300 l. au greffier Boucault qui ont visité les paroisses ; 19 déc. 1721, résumé d'une lettre de Vaudreuil et Bégon datée du 8 octobre 1721 et délibération du Conseil de Marine, C11A vol. 43, fol. 380-402 ; 17 oct. 1722, lettre de Vaudreuil et Bégon et avis du

Regretté à sa mort⁶², il laissera un vide que L.-G. Verrier comblera avec efficacité, même si l'ensemble des questions soulevées dans ses dernières représentations ne trouveront pas de réponses immédiates⁶³.

19. L'action de Martin de Lino⁶⁴ prend place du côté des conseillers, dont l'action est souvent décriée. Néanmoins, il faut reconnaître le rôle d'importance de ceux-ci dans l'évolution de la norme, et notamment son adaptation. Martin de Lino connut tout d'abord certains déboires dans les relations avec les autorités et la compagnie, en raison de certaines transactions douteuses⁶⁵. Tout d'abord commerçant⁶⁶, il se plongea dans l'étude juridique à partir de 1710, et – outre ses démêlés avec Collet – deviendra l'un des membres les plus compétents du Conseil supérieur, nommé premier conseiller en 1719⁶⁷. En 1711, année où les rapports vont se tendre avec Collet, il constate dans une lettre adressée à la métropole que les conseillers La Martinière et Dupont de Neuville sont obligés, l'un en raison de ses infirmités et l'autre de son grand âge, de s'absenter souvent du Conseil supérieur pendant l'hiver, l'obligeant alors à le présider. Il considère que « l'inexpérience des praticiens et des huissiers » jointe « au contrecoup qui survient par les saisons sont causes qu'on ne peut pas suivre toujours l'ordonnance à la lettre, et qu'il croit qu'il serait absolument nécessaire d'y remédier et qu'on pourrait y faire quelques modifications, la faire surseoir à

Conseil de Marine qui vise à l'enregistrement de l'arrêt qui homologue le règlement des districts des paroisses, C11A vol. 44, fol. 283-301v.

⁶² 9 mars 1727, lettre de Beauharnois au ministre, C11A vol. 49, fol. 66-67.

⁶³ 24 mai 1728, lettre du ministre Maurepas à Dupuy, C11A, vol. 50, fol. 531-532v et fol. 563-564v ; 15 octobre 1728, lettre de d'Aigremont au ministre, C11A vol. 50, fol. 232-234.

⁶⁴ Voir Y. F. Zoltvany et C. J. Russ, « Martin de Lino Mathieu-François », *DBC*, vol. 2, pp. 484-485.

⁶⁵ Voir notamment 2 nov. 1706, lettre de Raudot père, C11A vol. 24, fol. 331-352 ; 25 oct. 1710, lettre de Martin de Lino au ministre, C11A, vol. 31, fol. 267-270v ; 24 mars 1722, délibération du Conseil de Marine sur une requête d'André Corbin, C11A vol. 124, fol. 505-508v.

⁶⁶ C'est notamment au titre de cette expérience qu'il rédigera un mémoire pour le rétablissement du commerce de Canada adressé à Ponchartrain ; 25 oct. 1710, mémoire, C11A, vol. 31, fol. 271-280v.

⁶⁷ 29 août 1719, délibération du Conseil de Marine au sujet du poste de premier conseiller au Conseil supérieur de Québec vacant par la mort de Claude de Bermen de La Martinière, C11A, vol. 124, fol. 411-411v. Voir P.-G. Roy, « La famille Martin de Lino », *Bulletin des Recherches Historiques (ci-après BRH)*, vol. XLI, Lévis, 1935, pp. 257-293.

son entrée (...) »⁶⁸. Il relève les problèmes des délais accordés pour faire dresser l'inventaire des biens d'une succession, ainsi que ceux accordés au défendeur pour faire élection de domicile et nommer un procureur, qui ne sont pas adaptés à la colonie. Il dénonce également des difficultés dans la production de pièces justificatives dans les procès et l'obligation pour les curés d'envoyer la grosse et la minute des registres d'état civil. Dans le droit-fil de cette perspective, il critique les dates inadaptées des sentences et jugements, de même que les amendes imposées à ceux qui perdent leur appel. Très spécifiquement, il relève la difficulté pour la colonie d'établir la preuve écrite de l'engagement des matelots par contrat ou par rôle d'équipage...⁶⁹ Si ces demandes de réforme ne trouvent que peu d'échos auprès des autorités métropolitaines, elles démontrent une prise en compte pragmatique du système judiciaire et une volonté de réformer celui-ci dans une perspective de meilleur accès à la justice, pour utiliser les vocables modernes.

20. Dès son arrivée, Louis-Guillaume Verrier fait montre d'un zèle qui lui vaut les louanges de ses supérieurs⁷⁰. Trois domaines spécifiques vont occuper ses fonctions : il s'agit de la réforme de la pratique notariale locale, de la confection d'un papier terrier⁷¹ et enfin de l'enseignement du droit, mettant en œuvre le projet de son prédécesseur. Dès son entrée en fonction, il s'attache à réclamer, en conformité avec les ordonnances, les minutiers des notaires afin de les déposer au greffe de la Prévôté et se chargea, à partir de 1730, de la réforme de cette profession⁷². Son activité à titre de procureur est riche, et l'on trouve une connaissance solide du droit dans ses conclusions⁷³. L'arrêt du Conseil supérieur de Québec, le 7 octobre

⁶⁸ 5 novembre 1711, résumé d'une lettre de Martin de Lino avec commentaires, C11A, vol. 32, fol. 254v.

⁶⁹ S.d., observations faites par Martin de Lino, C11A, vol. 2, fol. 360-363v.

⁷⁰ Voir Cl. Vachon, « Verrier L.-G. », *DBC, op. cit.*, vol. 3, pp. 699-701 ; E. Fabre-Surveyer, « L.-G. Verrier (1690-1758) », *R.H.A.F.*, vol. 6, n. 2, 1952, p. 159-176, p. 159.

⁷¹ 9 oct. 1733, lettre de L.-G. Verrier, au ministre, C11A vol. 60, fol. 352-357v. Voir également la lettre du 19 sept. 1736, lettre de Verrier au ministre, où il fait état de l'avancée de la confection du papier terrier, C11A vol. 66, fol. 113-116. 7 oct. 1735, copie d'une lettre de Hocquart au ministre, C11A vol. 64, fol. 34-34v ; 14 oct. 1735, lettre de L.-G. Verrier au ministre, C11A vol. 64, fol. 268-271.

⁷² E. Fabre-Surveyer, *op. cit.*, p. 165.

⁷³ Celles-ci se trouvent essentiellement dans la collection de pièces judiciaires et notariales conservées à la BANQ-Q, TL5, D4176.

1726⁷⁴ enclenche le processus de réforme du droit notarial⁷⁵ et c'est en vertu de l'arrêt du Conseil d'État du Roi, le 25 mars 1730, que le dépouillement des minutes des notaires dans l'étendue de la Prévôté de Québec sera opéré⁷⁶. Obtenant le satisfecit élogieux du gouverneur Beauharnois et de l'intendant Hocquart⁷⁷ à la lecture des huit premiers procès-verbaux⁷⁸, le ministre annonça, après deux ans de cette tâche ingrate, qu'il désirait qu'en collaboration avec le gouverneur et l'intendant, Verrier rédige trois déclarations concernant les « déficiences des actes notariés, les contrats de mariage et l'imposition d'amendes aux notaires qui n'observaient pas les formalités requises »⁷⁹. Une déclaration du Roi, en date du 9 mai 1733, prolongeant cette analyse, obligera désormais chaque notaire à se procurer un registre côté et paraphé au premier et dernier feuillet, par le procureur du Roi, afin de servir de répertoire à l'enregistrement des actes qu'il devait recevoir, registre qu'il devait retourner entre mains du procureur du Roi, une fois celui-ci rempli. Trente-quatre minutiers furent ainsi dépouillés et classés à cette occasion par le consciencieux procureur général⁸⁰. L'action sur la norme est ici exemplaire : analyser la pratique, caractériser les déficiences, obtenir la sanction royale afin de réformer la pratique pour l'avenir. Il agira de même pour le registre de l'Amirauté, afin de le conformer à la lettre de l'ordonnance de la Marine⁸¹.

⁷⁴ TP1, S28, P16388

⁷⁵ Voir les deux déclarations royales du 4 janvier 1724, (BANQ-Q, TP1, S36, P646) et du 2 août 1717, (BANQ-Q, TP1, S36, P568).

⁷⁶ Voir 21 mars 1730, projet d'arrêt qui commet le sieur L.-G. Verrier, procureur général du Conseil supérieur de Québec pour faire la vérification des actes des notaires, C11E vol. 11, fol. 57-62. Voir Cl. Vachon, « Verrier L.-G. », *DBC, op. cit.*, p. 700.

⁷⁷ E. Fabre-Surveyer, *op. cit.*, p. 166 ; 21 septembre 1748, lettre de La Galissonnière et Bigot au ministre concernant L.-G. Verrier, C11A vol. 91, fol. 26-27v.

⁷⁸ 1731, état de huit procès-verbaux des minutes défectueuses des notaires de la Prévôté de Québec, C11A, vol. 54, fol. 200-205v.

⁷⁹ Cl. Vachon, « Verrier L.-G. », *DBC, op. cit.*, p. 700. Voir également J.-E. Roy, *Histoire du notariat*, Lévis, 1899-1902, 4 vol., vol. 1, pp. 300-314. Salmon conseiller général de la Marine, dialoguera également avec Verrier au sujet des minutiers de notaires ; lettre de Salmon, envoyée de Versailles, adressée à L.-G. Verrier, 1 mai 1731 - 21 mai 1732, BANQ, TL5, D4214, M67/58.

⁸⁰ Voir les microfilms M67/60 et 61, BANQ, TL5.

⁸¹ Voir L.-G. Verrier, « Les registres de l'Amirauté de Québec », *Rapport de l'Archiviste de la Province de Québec*, 1920-1921, Québec, pp. 106-131.

21. À la demande d'Hocquart, qui déplorait « le manque de bons sujets pour la judicature »⁸², Verrier obtint la permission de donner des cours de droit⁸³, reprenant à son compte le projet de Collet avec davantage de succès. Il indique dans ce courrier qu'il « n'a d'autre ambition que de consacrer sans réserve tous les moments » de sa vie à l'utilité publique⁸⁴. Il compte tout d'abord Jean-Victor Varin de La Marre et François Foucault parmi ses élèves. Les cours qu'il donnait étaient très rudimentaires, sous la forme de conférences sur les ordonnances, la coutume et la jurisprudence⁸⁵. Dans une logique de renforcement des cadres coloniaux⁸⁶, le roi invite en 1737 les canadiens aptes aux études juridiques à suivre son enseignement, avec pour effet qu'il favorisera les élèves du procureur lors des nouvelles nominations au Conseil supérieur⁸⁷. Se servant des *Institutions du droit français* d'Argou, Verrier fondait son enseignement sur les ordonnances civiles et criminelles. Il forma notamment Thomas-Marie Cugnet, René-Ovide Hertel de Rouville et Jacques Imbert⁸⁸. Afin d'assurer ces cours, Verrier se constitua une imposante bibliothèque qui sera inégalée jusqu'à la Conquête⁸⁹, constituant le fonds principal de la science juridique dans la

⁸² 9 oct. 1733, lettre de L.-G. Verrier au ministre, C11A vol. 60, fol. 352-357v.

⁸³ 25 sept. 1734, lettre de L.-G. Verrier, C11B vol. 16, fol. 178-181.

⁸⁴ 9 oct. 1733, lettre de L.-G. Verrier au ministre, *op. cit.*, fol. 154.

⁸⁵ Cl. Vachon, « Verrier L.-G. », *DBC, op. cit.*, p. 700. Voir 19 sept. 1736, lettre de Verrier au ministre, C11A vol. 66, fol. 113-116.

⁸⁶ 14 oct. 1739, lettre de L.-G. Verrier, procureur général au Conseil supérieur, au ministre, C11A vol. 72, fol. 228-232v. Voir également 30 septembre 1740, M. Le Verrier, avocat au ministre, C11B vol. 22, fol. 254-257.

⁸⁷ Cl. Vachon, « Verrier L.-G. », *DBC, op. cit.*, p. 701. Il en sera ainsi de René-Ovide Hertel de Rouville ; 23 septembre 1746, lettre de Beauharnois et Hocquart au ministre, C11A vol. 85, fol. 21-23. En 1753, Verrier se targuera même de cette possibilité auprès de ses étudiants. Il indique au ministre qu'il a informé les étudiants qui assistent à ses conférences de droit « que le ministre sera toujours disposé à leur accorder la préférence pour les places vacantes au Conseil supérieur », faisant à cette occasion l'éloge de l'un de ses élèves, Jacques Imbert ; 24 oct. 1753, lettre de L.-G. Verrier au ministre, C11A vol. 99, fol. 210-211.

⁸⁸ 22 oct. 1743, lettre de L.-G. Verrier, au ministre, C11A vol. 80, fol. 344-345 ; 20 oct. 1744, lettre de L.-G. Verrier au ministre, C11A vol. 82, fol. 313-314v ; 20 oct. 1748, lettre de Bigot au ministre, C11A vol. 92, fol. 112.

⁸⁹ Sur cette question, voir F. Mélançon, « La bibliothèque du Conseil Supérieur de Québec (1717-1760) : formation et contenu », *Mens*, vol. 5, n° 2, printemps 2005, p. 277-305.

Colonie⁹⁰. S'il étudie et enseigne les normes, Verrier doit toutefois être rappelé à l'ordre à quelques reprises dans son respect des ordonnances. C'est ainsi qu'au regard de sa manière de donner ses conclusions⁹¹, il se trouve, comme Collet, obligé d'en rabattre et de se plier à un rôle moins « actif » dans cet exercice⁹².

22. Ces quelques exemples personnels montre l'importance de la contribution des acteurs coloniaux sur l'évolution de la norme durant le Régime français et ils contribuèrent largement à bâtir une spécificité normative à laquelle les Britanniques seront confrontés lors de la Conquête.

B/La doctrine entre opinion et révérence : la transmission en héritage

23. Par sa conquête du territoire⁹³, l'empire britannique permet paradoxalement à la province de se trouver une certaine âme, une identité propre, détachée de l'ensemble métropolitain et qui trouve à s'exprimer dans la doctrine juridique. La Conquête de la Nouvelle-France une période d'intenses mutations et d'une certaine fébrilité sur le plan juridique et institutionnel⁹⁴. En l'espace de quinze ans, plusieurs orientations sont prises. 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 coloniaux⁹⁵ 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 civil⁹⁶, les britanniques jetteront les bases d'une nouvelle identité juridique québécoise.

⁹⁰ Pour une liste de ces ouvrages, voir BANQ-Q, P1000, S3, D2769.

⁹¹ 13 oct. 1736, lettre de Verrier au ministre, C11A vol. 66, fol. 117-117v.

⁹² 15 oct. 1737, lettre de L.-G. Verrier au ministre, C11A vol. 70, fol. 204-207v.

⁹³ G. Frégault, « L'Empire britannique et la conquête du Canada (1700-1713) », *R.H.A.F.*, vol. X, no 2, sept. 1950, pp. 153-182.

⁹⁴ Voir P. Tousignant, « L'incorporation de la province de Québec dans l'Empire britannique, 1763-1791 », *DBC*, vol. 4, 1980, pp. xxxiv - liii.

⁹⁵ M. Morin, « Les changements de régimes juridiques consécutifs à la Conquête de 1760 », *Revue du Barreau*, n°57, 1997, p. 689 et sq.

⁹⁶ Voir, sur cette question, essentiellement les travaux d'Hilda Neatby et Evelyn Kolish ; H. Neatby, *Quebec. The revolutionary age 1760-1791*, McClelland and Stewart Ltd, Toronto, 1966 et E. Kolish, *Nationalisme et conflits de droits: le débat du droit privé au Québec 1760-1840*, HMH, Québec, 1994.

24. Une première période - transitoire - correspond au régime militaire et s'étend jusqu'en 1763⁹⁷. Le second moment, marqué par le Traité de Paris de 1763 et la Proclamation royale du 7 octobre de la même année, semble faire passer la nouvelle *Province of Québec* sous l'égide du droit anglais. La proclamation prévoit que les tribunaux doivent appliquer la loi et l'équité conformément, autant que possible, aux lois anglaises⁹⁸. Cette volonté affirmée de faire passer le territoire sous l'égide de la norme britannique sera toutefois appliquée de manière pragmatique par les différents administrateurs locaux⁹⁹.

25. La période ouverte par l'Acte de Québec de 1774 accorde aux canadiens français deux concessions majeures : l'abolition du serment du test, ouvrant ainsi l'accès aux fonctions de juges aux canadiens catholiques et, seconde mesure essentielle, l'application des anciennes coutumes et lois telles qu'elles étaient appliquées en Nouvelle-France avant la Conquête. De plus, les intenses débats au sein de la Chambre des Communes britannique posent les bases des frontières de la province, qui resteront les mêmes jusqu'au conflit avec la jeune République américaine au début du XIXe siècle. Le régime français n'avait pas favorisé l'émergence d'une littérature juridique canadienne, le droit applicable dans la colonie n'étant pas publié avec les commentaires descriptifs des juristes locaux¹⁰⁰. Il faut rechercher les prises de position et les opinions des juristes dans les jugements et la correspondance générale en l'absence d'une doctrine juridique constituée. L'arrivée des Britanniques met fin à cette disette de deux manières : d'une part, les autorités permettent l'installation d'un premier imprimeur à Québec, ce qui constitue une réponse matérielle au développement de la littérature juridique et d'autre part, elles favorisent la publication par F.-J. Cugnet d'une série de traités qui visent à décrire le droit civil tel qu'appliqué jusqu'alors dans la colonie.

⁹⁷ Voir J. L'Heureux, « L'organisation judiciaire au Québec de 1764 à 1774 », *Revue générale de droit*, 1970, vol. 1, p. 266-331.

⁹⁸ 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 »; A. Shortt et A. G. Doughty, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791 (ci-après DCI)*, Ottawa, 2nd éd. T. Mulvey, 1921, p. 138.

⁹⁹ Voir J. L'Heureux, *op. cit.*, pp. 266-279.

¹⁰⁰ Voir S. Normand, « La littérature du droit comme élément structurant du champ juridique québécois : une perspective historique », Y. Gendreau (dir.), *La doctrine et développement du droit*. Montréal, Thémis, 2005, pp. 1-29.

1) Les choix de Cugnet dans l'exposition du droit français

26. Les quatre traités de droit français rédigés par François-Joseph Cugnet en 1775 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. Le caractère lacunaire de la doctrine ne permet pas malheureusement de se dégager du rapport que Cugnet avait personnellement avec le droit¹⁰¹. Mais à travers ces œuvres, il figure comme un acteur privilégié de la norme à deux titres : il donne un état des lieux du droit tel qu'il dit avoir été pratiqué en Nouvelle-France et par ses omissions et ses interprétations il pèse sur son évolution et devient un véritable acteur de l'évolution du droit. C'est à la demande de Carleton que Cugnet rédigea un abrégé sommaire des usages anciens et des coutumes de la Province de Québec¹⁰². Ses travaux donnèrent naissance à quatre ouvrages principaux, dont seuls les trois derniers sont véritablement une œuvre doctrinale, le premier étant un simple recueil de textes¹⁰³ : les *Extraits des édits, déclarations, règlements, ordonnances*¹⁰⁴, le *Traité abrégé des anciennes lois, coutumes et usages de la colonie du Canada*, le *Traité de la loi des fiefs*¹⁰⁵ et enfin le *Traité de la police*¹⁰⁶.

¹⁰¹ Voir P. Tousignant et M. Dionne Tousignant, « Cugnet, F.-J. », *D.B.C.*, vol. 4, pp. 197-202, p. 197. Voir également A. Gascon, *L'œuvre de F.-J. Cugnet : étude historique*, Université d'Ottawa, 1941 ; R. Huberdeau, *F.-J. Cugnet, jurisconsulte canadien ; essai historique, thèse de bibliographie*, Université de Montréal, 1947.

¹⁰² AC, « Colonial office », CO42, série Q5, cité par S. Normand, « François-Joseph Cugnet et la reconstitution du droit de la Nouvelle-France », *Cahiers aixois d'histoire des droits de l'Outre-Mer français*, Aix-en-Provence, n° 1, pp. 127-145, (ci-après S. Normand), p. 143, note 35.

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ 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*, G. Brown, 1775, Québec.

¹⁰⁵ F. J. Cugnet, *Traité de la loi des fiefs qui a toujours été suivie en Canada depuis son établissement*, (...), G. Brown, 1775, Québec, (ci-après *Fiefs*)

¹⁰⁶ F. J. Cugnet, *Traité de la police : qui a toujours été suivie en Canada, aujourd'hui Province de Québec*, (...), G. Brown, 1775, Québec, (ci-après *Police*).

27. L'excellente étude de ces travaux par Silvio Normand a permis une meilleure connaissance de la logique qui sous-tend ces ouvrages¹⁰⁷. Leur facture générale est une succession d'articles auxquels s'ajoutent les commentaires de l'auteur, largement inspirés de la doctrine métropolitaine, au premier rang de laquelle figure Claude de Ferrières¹⁰⁸. Il écrit vouloir mettre de l'avant « les lois propres du pays »¹⁰⁹, soulignant les singularités du droit colonial¹¹⁰ comme l'absence d'application de la garde-noble et de la garde bourgeoise. Toutefois, il 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. Il ne s'agit pas de la véritable pratique du droit, même s'il se réfère largement aux décisions des intendants. Ses renvois – nombreux il est vrai – aux normes coloniales, notamment en matière de police, constituent davantage de simples renvois aux sources que des analyses de la pratique ou même des réflexions personnelles. Ainsi, relativement au consentement au mariage et aux hésitations des juridictions royales et surtout des administrateurs à appliquer le droit métropolitain¹¹¹, Cugnet ne fait état d'aucune singularité coloniale. Au regard des recherches rapides et lacunaires qu'il reconnaît lui-même avoir menées et du peu de jurisprudence coloniale, on ne peut s'étonner de ces « oublis ». Mais le lecteur doit garder à l'esprit qu'il ne peut s'agir d'un reflet exact de la pratique des juridictions canadiennes et des administrateurs, mais bien plutôt d'une exposition du droit positif de la colonie durant le Régime français.

28. S'il cherche donc à mettre en exergue le droit colonial, on peut relever de forts décalages entre ce qu'écrit Cugnet et la réalité du droit de la Nouvelle-France, comme en matière de droit de chasse par exemple¹¹². La posture de Cugnet est d'ailleurs souvent sur la défensive, celui-ci défendant sa compétence en tant que juriconsulte et son impartialité en tant que seigneur lors de la rédaction de ses ouvrages¹¹³. Néanmoins, le fait qu'il n'ait pas exercé de fonction judiciaire durant le Régime français explique peut-

¹⁰⁷ Voir notamment S. Normand, *op. cit.*, p. 136 et sq.

¹⁰⁸ « (...) puis viennent Brodeau, Le Brun, Duplessis, Lange, Couchot, Domat, Bacquet, Loiseau et Meslé » ; S. Normand, *op. cit.*, p. 133.

¹⁰⁹ *Fiefs*, *op. cit.*, p. xi.

¹¹⁰ 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, *op. cit.*, p. 133. Voir *Fiefs*, chp. IX, art. 34, p. 37.

¹¹¹ Voir *Abrégé*, T. XII, p. 180.

¹¹² Cugnet semble sur ce point décrire une situation détachée de la réalité de la colonie ; voir L. Lavallée, *La Prairie en Nouvelle-France, 1647-1760: étude d'histoire sociale*, Montréal, McGill-Queen's Press, MQUP, 1992, p. 87 ; *Fiefs*, ch. XI, art. 39, p. 51.

¹¹³ S. Normand, *op. cit.*, p. 134-135.

être le caractère parcellaire de la pratique du droit colonial¹¹⁴ dont il rend compte¹¹⁵. La logique qui gouverne ces traités est bien exprimée dans la préface de son ouvrage sur la police. Il souhaite refléter le passé, démontrer sa pertinence juridique sans faire preuve d'exhaustivité¹¹⁶ dans la recherche de la pratique réelle¹¹⁷. Il s'agit d'une œuvre marquée par un certain conservatisme, ou du moins une nostalgie doctrinale du droit passé. Cugnet se plaint même parfois de la tournure que prend la jurisprudence sous le régime anglais, mais il est prêt à écarter le droit local s'il ne semble pas correspondre à ses vues¹¹⁸.

29. Le petit propriétaire terrien qu'il est n'échappe pas à une certaine subjectivité lorsqu'il expose le droit, indiquant les aspirations et les attentes des seigneurs au regard de l'évolution de la norme¹¹⁹. Il souligne en permanence le droit de la colonie¹²⁰, de manière parfois maladroite, mais vraisemblablement sincère. Le rappel au droit français éclate particulièrement dans son *Traité sur la police*, l'absence d'équivalent normatif dans le droit britannique exacerbant visiblement l'inquiétude du juriste et sa volonté d'alléguer l'excellence des normes françaises et le poids de la tradition¹²¹. Au niveau de la forme¹²², elle est classique et permet de mettre en avant le droit colonial¹²³. Cugnet adopte même à l'occasion la forme un peu ancienne de la doctrine française des XVI^e et XVII^e siècle, souhaitant faire assaut de culture romaniste et de renvois aux textes bibliques. Il le fait avec peu de bonheur, assez maladroitement mais, fort heureusement, à de rares occasions¹²⁴. Fidèle à la nouvelle puissance

¹¹⁴ À l'exception notable des droits de cens et rentes, où, en l'absence d'édit royal fixant les cens et rentes seigneuriales pour la colonie, Cugnet fait état des règles fixées par l'usage ; *Fiefs*, ch. X, art. 37, p. 44.

¹¹⁵ Sur ce décalage, voir J.-Ph. Garneau, « Droit et affaires de famille » sur la Côte de Beaupré : histoire d'une rencontre en amont et en aval de la Conquête britannique », *Revue Juridique Thémis*, vol. 34, 2000, pp. 515-550.

¹¹⁶ La même idée se trouve dans la préface de l'*Abrégé* ; *Abrégé*, *op. cit.*, p. iii.

¹¹⁷ *Police*, préface, p. iii.

¹¹⁸ *Police*, chp. I, art. 1, p. 7.

¹¹⁹ Il en est ainsi du droit d'étalonnage ou de taureau banal ; *Fiefs*, ch. XI, art. 39, p. 52.

¹²⁰ *Fiefs*, chp. V, art. 15, p. 21.

¹²¹ Ainsi, au regard de la manière d'arpenter les propriétés et de calculer la superficie foncière des seigneuries, Cugnet indique que « les grèves et toutes les pointes de terres qui avancent dans le fleuve ou dans les rivières n'ont jamais été comprises dans le mesurage des profondeurs. *S'écarter de cet ancien usage serait troubler les possessions les plus anciennes des seigneuries de cette province* » ; *Abrégé*, *op. cit.*, T. III, art. 13, p. 48.

¹²² *Abrégé*, p. iii.

¹²³ Notamment à l'aide de la typographie et de l'italique ; cf. S. Normand, *op. cit.*, p. 140.

¹²⁴ *Police*, chp. II, art. 4, p. 15.

britannique, Cugnet se félicite de l'Acte de Québec comme en témoigne son épître dédicatoire de son *Traité de la loi des fiefs*¹²⁵.

30. Dans cet ouvrage, il a l'occasion à de nombreuses reprises d'évoquer les règles juridiques continentales qui n'ont pas lieu de s'appliquer en Nouvelle-France, pour des raisons juridiques, historiques, pragmatiques¹²⁶ comme la commise du fief¹²⁷, les fours et les pressoirs banaux¹²⁸ ou de rappeler les modifications intervenues par l'Acte de Québec et l'introduction des nouvelles règles de successions au bénéfice des « nouveaux sujets », les canadiens français¹²⁹. Il s'autorise même une certaine prospective juridique en prenant position sur l'éventuelle évolution de la norme au regard des conditions économiques et de la capacité législative reconnue à la nouvelle puissance coloniale :

« Je ne doute pas que si l'habitant devenant par la suite des temps plus industriel entreprenait à faire du cidre, les seigneurs ne fussent en droit de construire des pressoirs banaux et d'y obliger leurs censitaires par leurs contrats. Cependant, comme ce droit serait nouveau en cette province, je suis porté à croire qu'il serait nécessaire de l'introduire, d'un ordre de sa Majesté le seigneur dominant, sur la demande respectueuse qui pourrait lui en être faite »¹³⁰.

31. Dans son *Traité de la loi des fiefs*, il n'hésite pas à défendre les intérêts catégoriels des seigneurs de la province, sachant concilier esprit des normes et intérêts personnels¹³¹. Tout en prenant acte des modifications induites par l'Acte de Québec et la Conquête¹³², il les déplore parfois, 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-ci¹³³ mais constate avec plaisir le rétablissement des normes françaises par l'Acte de Québec, notamment en matière de gestion des seigneuries¹³⁴.

¹²⁵ *Fief*, p. ix.

¹²⁶ *Fief*, chp. VI, art. 16, p. 23.

¹²⁷ *Fief*, chp. VI, art. 16, p. 23.

¹²⁸ *Fief*, chp. VII, art. 18, p. 26.

¹²⁹ *Fief*, chp. VII, art. 17, p. 23.

¹³⁰ *Fief*, chp. VII, art. 18, p. 26.

¹³¹ *Fief*, chp. IX, art. 34, p. 38.

¹³² *Fief*, chp. XII, p. 53.

¹³³ Cette ordonnance a « frustrés 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 » ; *Fief*, chp. XII, art. 41, p. 54.

¹³⁴ *Ibid.*, ch. XIV, art. 45, p. 61.

32. Dans son *Abrégé*, il cherche à mettre en avant les principes¹³⁵, dont il synthétise la teneur et qu'il tente de présenter de manière homogène¹³⁶. C'est dans ces développements que les renvois au droit colonial sont les plus rares¹³⁷. Logiquement, certaines institutions métropolitaines, comme le déguerpissement¹³⁸ ou la prescription trentenaire sans titre¹³⁹, sont écartées par Cugnet pour le contexte colonial. Malgré le caractère coutumier du droit de la province, le juriste québécois n'hésite pas à se montrer en faveur du droit romain lorsqu'il soulève un éventuel silence de la coutume, comme en matière de déconfiture, pour des considérations pratiques – « les meubles sont toujours plus prompts à vendre que les immeubles et peuvent dépérir par le temps »¹⁴⁰ – mais surtout parce qu'il considère, fort classiquement, que « le droit romain est la loi commune »¹⁴¹. Adoptant une posture plutôt modeste généralement, il se réserve parfois le rôle du jurisconsulte, évoquant des cas et donnant son opinion en s'appuyant sur le droit romain ou des adages¹⁴².

33. La destination de son œuvre est rappelée lorsqu'il aborde la question du Douaire, Cugnet relevant que « cette partie de la propriété diffère beaucoup des lois anglaises qui n'accordent à la femme que la jouissance du tiers »¹⁴³, afin de bien marquer l'esprit de ses lecteurs britanniques, praticiens ou administrateurs. Évoquant la tutelle, il souligne l'importance primordiale de l'intendance dans la colonie pour l'exercice de cette institution, sans caractériser toutefois une pratique coloniale spécifique¹⁴⁴. Il le fait par contre concernant la pratique testamentaire, matière au combien sensible dans le contexte du changement de régime¹⁴⁵. Il a l'occasion d'explicitier la spécificité coloniale à l'article 62 qui porte sur la forme des testaments. En l'occurrence, il insère dans l'article un dernier alinéa qui indique qu'à défaut de notaires dans les campagnes, les testaments peuvent être passés devant les curés ou missionnaires et trois

¹³⁵ « (...) je n'ai prétendu dans ce traité, autre chose, sinon que de faire connaître les principes fondamentaux de la loi municipale, eu égard à l'état des citoyens et à leur propriété (...) » ; *Abrégé*, T. XIII, p. 188.

¹³⁶ *Ibid.*, pp. 16-21.

¹³⁷ Par exemple en matière de propres réels et propres fictifs (T.I, art. 4, p.16) ou d'actions personnelles (T.II, p. 21) ; *ibid.*, pp. 16-21.

¹³⁸ *Ibid.*, T. II, art. 10, *ibid.*, p. 36

¹³⁹ *Ibid.*, T. III, art. 13, p. 48.

¹⁴⁰ *Ibid.*, T. V, art. 25, p. 67.

¹⁴¹ *Ibid.* Il reprend ainsi le *Digeste* lorsqu'il évoque la question des tutelles et curatelles, l'enfant ayant selon le juriste québécois un droit naturel à la protection et à la subsistance ; T. IX, p. 121 ou en matière de successions, citant les *Institutes* et le *Digeste*, *ibid.*, T. XII, art. 70, p. 179-181.

¹⁴² *Ibid.*, T. VII, art. 38, p. 95.

¹⁴³ *Ibid.*, T. VIII, p. 108.

¹⁴⁴ *Ibid.*, T. IX, p. 132.

¹⁴⁵ *Ibid.*, T. XI, p. 157.

témoins « réputés solennels, pourvu qu'il y soit fait mention, en cas que le testateur et les témoins ne sachant signer, des raisons qui les en empêchent »¹⁴⁶. Ce faisant, Cugnet se réfère à l'ordonnance de l'intendant Bégon, propre au contexte de la colonie :

« Le dernier membre de cet article est une exception du premier (suivant l'usage de cette Province) quant à l'obligation de la signature des témoins pour les campagnes en vertu d'un règlement de M. Bégon, Intendant en date du 30 avril 1722, qui a toujours été suivi, ayant été reconnu impossible qu'il se trouve dans les différentes paroisses trois habitants qui puissent signer leurs noms, et qu'il faut absolument s'en rapporter à la probité de la personne publique qui fait le testament, ou mettre l'habitant dans l'impossibilité de tester. *Prohibition qui attaquerait la liberté personnelle des Canadiens, en les empêchant de profiter du bénéfice qui leur est accordé par l'acte, ce qui ne répondrait plus à ses vues* »¹⁴⁷.

34. Soulignant cette dernière phrase, Cugnet se porte bien en défenseur de la pratique juridique spécifique de la colonie et de ses habitants. L'article 63 lui donne l'occasion de deux rapports différents à la norme. Évoquant la restriction de la faculté de disposer de ses « propres » limitée au quint, il est amené à prôner une évolution de la norme contraire à la Coutume de Paris :

« (...) 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 »¹⁴⁸.

Utilisant stratégiquement 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. Cette opinion lui donne l'occasion d'une petite passe d'arme avec d'autres auteurs de la Province, - peut-être les auteurs des Extraits des messieurs - qu'il n'identifie pas, mais qui se trouve sur cette

¹⁴⁶ *Ibid.*, T. XI, art. 62, p. 157.

¹⁴⁷ *Ibid.*, T. XII, art. 62, p. 157-158.

¹⁴⁸ *Ibid.*, T. XII, art. 63, p. 160.

question davantage conforme à l'orthodoxie juridique coutumière de la Province :

« Quelques un 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 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 »¹⁴⁹.

35. 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*¹⁵⁰. L'onction législative est bien opportune pour Cugnet, renvoyant alors ses lecteurs canadiens à Blackstone pour comprendre la logique de la pratique testamentaire britannique¹⁵¹. Il s'affirme parfois comme un laudateur du droit tel qu'il existait avant la Conquête, mais il le fait essentiellement lorsqu'il anticipe une orientation favorable du législateur en ce sens, comme en matière de tenu des registres d'état civil¹⁵². De manière générale et fort logiquement, c'est notamment en matière de succession que Cugnet est amené à évoquer des adaptations de la norme d'origine française au conteste postérieur à l'Acte de Québec¹⁵³, certaines hésitations subsistant dans l'esprit du juriste québécois quant à la norme à appliquer¹⁵⁴.

36. Avant la publication de ses quatre ouvrages, ses travaux avaient donné naissances à quelques remous, qui se sont exprimées à travers l'affirmation d'autres réponses « doctrinales ». L'*Abrégé* de Cugnet ayant subit les critiques de la part de Maseres et du juge en chef William Hey, malgré les explications orales de l'auteur, Carleton initia un autre projet

¹⁴⁹ *Ibid.*, T. XII, art. 63, p. 160.

¹⁵⁰ *Ibid.*, T. XII, art. 63, p. 161.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.*, T. XII, art. 64, p. 161.

¹⁵³ *Ibid.*, T. XII, art. 65, p. 167.

¹⁵⁴ *Ibid.*, T. XII, art. 66, p. 168.

doctrinal, confié notamment aux abbés Joseph-André-Mathurin Jacrau et Colomban-Sébastien Pressart, du séminaire de Québec¹⁵⁵. Ces travaux collectifs seront publiés à Londres en 1772–1773. Cette publication appelée « Extrait des Messieurs », est composée de cinq fascicules dont l' « Extrait des Édits » préparé par Cugnet en 1769¹⁵⁶. L'orientation moins protectionniste du patrimoine juridique français – et surtout des privilèges seigneuriaux – de cette œuvre doctrinale concurrente obligera Cugnet à défendre âprement les règles relatives à la propriété foncière notamment, défense qui lui vaudra une querelle assez vive avec Maseres¹⁵⁷.

37. Son action sur la norme a connu des résultats plus constructifs en matière de règles de voirie et d'urbanisme¹⁵⁸. Comme l'a bien souligné Sylvio Normand, le droit de l'urbanisme et la police de manière générale est totalement modifiée par les Britanniques, qui font passer les nouveaux sujets d'une réglementation tatillonne à une liberté sans frein, tant dans l'évolution de l'urbanisme que des règles de commerce¹⁵⁹. Informé des difficultés exposées dans les travaux de Cugnet, le législateur colonial intervient et rétabli des règles proches des normes françaises, renvoyant pour partie aux « anciens usages et coutumes du pays »¹⁶⁰ et pour partie établissant des règles spécifiques. « [C]ette distinction, clairement exposée dans les ouvrages de Cugnet, trahit l'influence exercée par l'auteur auprès des autorités provinciales »¹⁶¹. Efficient, ce regard sur la norme sera concurrencé ou complété par l'opinion de juristes étrangers sur le droit colonial, qui favorisera largement la mise en place d'un système juridique colonial mixte.

II L'acteur exogène : l'évaluation de la norme

38. La Proclamation royale de 1763¹⁶² semble orienter la nouvelle province de l'Empire britannique vers une application du droit britannique

¹⁵⁵ P. Tousignant et M. Dionne Tousignant, *op. cit.*, p. 199 ; voir Honorius Provost, « Jacrau, Joseph-André-Mathurin », *DBC*, vol. 4, pp. 418-419.

¹⁵⁶ F.-J. Cugnet, *An Abstract of the several royal edicts and declarations, and provincial regulations and ordinances, that were in force in the province of Quebec in the time of the French government (...)*, London, Ch. Eyre and W. Strahan, 1772.

¹⁵⁷ Voir P. Tousignant et M. Dionne Tousignant, *op. cit.*, p. 198.

¹⁵⁸ *Fiefs*, ch. XV, art. 49, p. 64.

¹⁵⁹ S. Normand, *op. cit.*, p. 143.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² « Proclamation royale du 7 oct. 1763 », *DCI*, vol. 1, p. 136.

tant pour le droit public, le droit criminel¹⁶³ que le droit privé¹⁶⁴. Toutefois, les administrateurs locaux et le gouvernement britannique mènent une

¹⁶³ Sur l'administration de la justice et l'adaptation du droit anglais criminel à la colonie, voir notamment les travaux plus anciens de S. M. SCOTT, *Chapters in the history of the law of Quebec, 1764-1775*, thèse de droit, Univ. of Michigan, Ann Arbor, 1933 ; J.E. Côté, « The Reception of English Law » *Alberta Law Review* n°6, 1977, pp. 29-92 ; André Morel, « La réception du droit criminel anglais au Québec (1760-1892) » *R.J.T.* n°13, 1978 pp. 449-478 ; André Morel, « Les crimes et les peines: évolution des mentalités au 19e siècle », *Revue de droit*, n°8, 1977, pp. 384-396 ; « La réaction des Canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774 », *Revue du barreau de la province de Québec*, 20 (1960) pp. 53-63. Voir aussi Jacques L'Heureux, « L'organisation judiciaire au Québec de 1764 à 1774 », *Revue générale de droit*, n°1, 1970, pp. 266-331 ; Claude Desaulnier, « La peine de mort dans la législation criminelle de 1760 à 1892 », *Revue générale de droit*, n°8, 1977, pp. 141-184 ; Douglas Hay, « The Meanings of the Criminal Law in Quebec, 1764-1774 », dans Louis A. Knafla, *Crime and Criminal Justice in Europe and Canada*, Waterloo, Wilfrid Laurier University Press, 1981, pp. 77-110 ; Jean-Marie Fecteau, « Régulation sociale et répression de la déviance au Bas-Canada au tournant du 19^e siècle (1791-1815) » *RHAF*, vol. 38, no 4, printemps 1985, pp. 499-521 ; *Un nouvel ordre des choses : la pauvreté, le crime, l'Etat au Québec, de la fin du XVIIIe siècle à 1840*, Outremont, VLB éditeur, 1989, notamment pp. 88-97 ; Michel Morin, « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866 », dans Patrick Glenn, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Yvon Blais, 1993, pp. 14-34 ; J.L. J. Edwards, « The Advent of English (not Frenche) Criminal Law and Procedure into Canada – A close Call in 1774 », *Criminal Law Quaterly*, 1983-1984, p. 464 et sq ainsi que les brillants travaux spécifiques de Donald Fyson, « Jurys, participation civique et représentation au Québec et au Bas Canada: les grands jurys du district de Montréal (1764-1832) », *Revue d'histoire de l'Amérique française*, n° 55-1, 2001, p. 85-120 ; « Les dynamiques politiques locales et la justice au Québec entre la Conquête et les Rébellions », *Bulletin d'histoire politique*, n°. 16-1, 2007, p. 337-346 ; « The Canadiens and British Institutions of Local Governance in Quebec, from the Conquest to the Rebellions », Nancy Christie (dir), *Transatlantic Subjects: Ideas, Institutions and Identities in Post-Revolutionary British North America*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2008, p. 45-82 ; « Domination et adaptation: les élites européennes au Québec, 1760-1841 », Claire Laux et al. (dir), *Au Sommet de l'Empire. Les élites européennes dans les colonies (XVIe-XXe siècle)*, Berne, Peter Lang, 2009, p. 167-196 ainsi que l'excellent

réflexion conjointe sur le droit applicable au mieux des intérêts des colons et du pouvoir¹⁶⁵. 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. Cette forte impulsion « doctrinale » va jusqu'à bâtir un système juridique pour partie mixte, c'est-à-dire alliant tradition juridique locale et norme étrangère, avec la particularité qu'il s'agit, en l'occurrence, de deux ensembles juridiques d'origine européenne. Le *Board of Trade*, institution économique maîtresse de la City, s'inquiète de la situation juridique et sollicite en 1765 l'opinion des juristes britanniques, notamment le procureur sir Fletcher Norton et le solliciteur général William de Grey sur la situation de la colonie¹⁶⁶.

39. Assez rapidement, les prises de position se cristallisent en faveur de la mise en place d'un système à dominante française en matière civile. Dans ce groupe se trouvent, outre la population canadienne française dans sa majorité, les gouverneurs successifs de la province, Murray et Carleton, ainsi que plusieurs magistrats londoniens. De l'autre côté du prisme se placent la communauté des marchands britanniques installée à Québec, le *board of trade* londonien ainsi que le procureur général Masères, favorables au droit britannique. Les prises de position en faveur de l'un et l'autre système ne sont pas exemptes d'idéologie, même si un fort pragmatisme se fait jour 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. Afin de faire apparaître plus largement la capacité à agir sur la norme des différents acteurs, nous allons aborder dans un premier temps les différents travaux « officiels » qui portent sur l'adaptation des normes (A) avant d'envisager les réflexions d'un juriste qui, certes exerçait des fonctions officielles au sein de la colonie, mais qui défendra une vision plus personnelle, peut-être davantage soumise au lobbying mercantile, en la personne de Francis Maseres (B).

A/Le pragmatisme de l'acteur étranger

ouvrage, récemment traduit en français, de Donald Fyson, *Magistrats, police et société : la justice criminelle ordinaire au Québec et au Bas-Canada, 1764-1837*, Montréal, Hurtubise, 2010.

¹⁶⁴ « Mémoire des Marchands de Londres engagés dans le commerce avec Québec », *DCI*, vol. 1, p. 495.

¹⁶⁵ Voir A. 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, pp. 53–63.

¹⁶⁶ « Rapport du procureur général et du solliciteur général sur la condition des sujets catholiques romains, 10 juin 1765 », *DCI*, vol. 1, pp. 217-219.

40. Dans le contexte de la Conquête et des différents travaux menés par ces juristes sur les choix à orchestrer en matière de norme, tout un éventail de modèles s'offre à eux. Ces réflexions sont marquées par un fort pragmatisme et, si chaque prise de position n'est pas exempte de visions personnelles ou identitaires, chacune cherche à réformer le modèle né de la Proclamation de la manière la plus acceptable aux regards des contraintes politiques et économiques.

1) Les aspirations des administrateurs et de la population de la colonie

41. Les instructions du gouverneur Murray, si elles prescrivent la constitution, dès que la situation le permettra, d'une assemblée législative des franc-tenanciers de la colonie, donnent le pouvoir au Gouverneur de prescrire dans l'intervalle « les règles et règlements qui paraîtront nécessaires pour la paix, le bon ordre et le bon gouvernement »¹⁶⁷ de la Province. C'est donc lui qui dispose *a priori* du pouvoir législatif colonial malgré les difficultés qui résulteront de l'absence de réunion de l'assemblée législative *in fine*¹⁶⁸. En vertu des instructions, Murray institue un système judiciaire fondé sur le modèle institutionnel britannique par « l'ordonnance établissant des cours civiles »¹⁶⁹ avec d'importants aménagements. Il prévoit ainsi la possibilité pour les « avocats » et « procureur canadiens » d'exercer leurs fonctions devant la Cour des plaid communs, considérant :

« (...) qu'il était raisonnable et nécessaire de laisser les avocats et les procureurs canadiens pratiquer devant cette cour des plaid communs seulement (car ils ne sont pas admis à exercer leur profession dans les autres cours) parce que nous n'avons pas encore un seul avocat ou procureur anglais comprenant la langue française »¹⁷⁰.

42. 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 Grey¹⁷¹. Le maintien des normes françaises est d'autant plus justifié à leurs yeux qu'en matière de

¹⁶⁷ « Instructions au Gouverneur Murray », *DCI*, vol. 1, p. 155.

¹⁶⁸ Voir l'arrêt rendu par Lord Mansfield, *Campbell vs. Hall*, *DCI*, vol. 1, p. 506 et sq.

¹⁶⁹ « Ordonnance établissant des cours civiles », *DCI*, vol. 1, *op. cit.*, p. 180.

¹⁷⁰ « Observations du gouverneur Murray sur l'ordonnance établissant les cours civiles », *DCI*, vol. 1, *op. cit.*, p. 182.

¹⁷¹ « Mémoire d'avril 1766 », *DCI*, vol. 1, *op. cit.*, p. 226.

dettes, promesses, contrats et conventions, il existe des principes et des mécanismes communs à la *common law* et au droit civil¹⁷².

43. Au terme de cette réflexion, c'est bien une logique de temporisation qui se fait 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 (...) »¹⁷³. La mixité juridique est clairement affirmée¹⁷⁴. Outre ces administrateurs qui font évoluer la norme coloniale dans un objectif de conciliation marqué, il faut souligner la place d'une opinion publique active, qui constitue elle aussi un acteur de la norme coloniale, à la faveur de l'évolution de mœurs et d'un assouplissement du régime colonial.

44. Ainsi, plusieurs pétitions des sujets d'origine française demandent « la conservation de nos anciennes lois, coutumes et privilèges, dans leur entier, (et qui ne peuvent être changées ni altérées sans détruire et renverser entièrement nos titres et nos fortunes), est une grâce et un acte de justice que nous espérons de la bonté de Sa Majesté »¹⁷⁵. La « Pétition des habitants français au roi au sujet de l'administration de la justice » demande le maintien des normes anciennes¹⁷⁶ ainsi que l'utilisation de la langue française, afin de permettre un meilleur fonctionnement de la justice¹⁷⁷. Lorsqu'il semble que le gouvernement est prêt à intervenir en faveur d'une modification de l'ordonnancement normatif, les Canadiens accentuent leur pression et demandent « [l]a conservation des nos anciennes lois, coutumes et privilèges dans leur entier (et qui ne peuvent être changées ni altérées sans détruire et renverser entièrement nos titres et nos fortunes) est une grâce et un acte de justice que nous espérons de la bonté de sa majesté »¹⁷⁸. À *contrario*, de nombreuses pétitions permettent aux anciens sujets de sa Majesté d'exprimer leur mécontentement au regard des normes appliquées à la colonie¹⁷⁹. Dans le *Mémoire des Marchands de Londres engagés dans le*

¹⁷² « 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.*, pp. 226-227.

¹⁷³ « Instructions à Carleton », *DC*, vol. 2, p. 583.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 584

¹⁷⁵ « Mémoire des pétitionnaires Français ci-dessus pour appuyer leur pétition », *DCI*, vol. 1, p. 493.

¹⁷⁶ « Pétition des habitants français au roi au sujet de l'administration de la justice », *DCI*, vol. 1, p. 195-196.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 197.

¹⁷⁸ « Mémoire des pétitionnaires français ci-dessus pour appuyer leur pétition », *DCI*, vol. 1, p. 493.

¹⁷⁹ Voir par exemple le « Mémoire adressé de Québec à Lord Dartmouth », *DCI*, vol. 1, p. 484) ou la « Pétition aux communes », *DCII*, vol. 2, p. 575.

*commerce avec Québec*¹⁸⁰, 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 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 »¹⁸¹ que les lois anglaises s'appliquaient sur ce territoire¹⁸². Les marchands cherchent à peser sur l'évolution normative¹⁸³, 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 françaises subsister (propriété foncière, douane...)¹⁸⁴. Si Murray et Carleton seront les grands acteurs du retour des normes françaises à travers l'Acte de Québec, ils bénéficient de plusieurs rapports, rédigés par des *common lawyer* britanniques, faisant état des difficultés engendrées par le système de la Proclamation et prônant, à l'exception des travaux de Maseres, un retour aux lois françaises en matière de droit privé.

2) Les rapports de la magistrature britannique (Grey, Marriot, Wedderburn...)

45. Très rapidement après la Proclamation, Sir Fletcher Norton et le solliciteur général William Grey, dans un rapport du 10 juin 1765¹⁸⁵, estimèrent que le peuple conquis n'était pas assujéti aux incapacités, aux inhabilités et aux pénalités imposées aux catholiques romains en Grande-Bretagne¹⁸⁶. Le principe de la conservation du droit français est assez

¹⁸⁰ « Mémoire des Marchands de Londres engagés dans le commerce avec Québec », *DCI*, vol. 1, p. 495.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 496-497.

¹⁸² *Ibid.*, p. 497.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 499.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 500.

¹⁸⁵ « Rapport du procureur général et du solliciteur général sur la condition des sujets catholiques romains, 10 juin 1765 », *DCI*, vol. 1, pp. 217-219.

¹⁸⁶ 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 plaids communs que de la cour du Banc du roi ; P. Tousignant, « L'incorporation de la province de Québec dans l'Empire britannique, 1763-1791 », *op. cit.*,

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 colonie¹⁸⁷. Ils soulignent que, 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 »¹⁸⁸.

46. 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 argumentation contre l'introduction des lois civiles anglaises¹⁸⁹. Yorke et Grey, résistant aux diverses pressions exercées pour assurer une unité normative et appuyés par le procureur général Edward Thurlow¹⁹⁰, 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. Une politique en la matière devait tenir compte de toutes les données factuelles de la province. 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 dérogoire du régime général des colonies britanniques.

p. xliv. Voir « Représentations du conseil du commerce au roi, 2 septembre 1765 », *DCI*, vol. 1, pp. 217-219.

¹⁸⁷ W. Grey et Ch. Yorke, « Rapport du Procureur Général et du solliciteur général au sujet du gouvernement civil du Québec » (14 avril 1766), *DCI*, vol. 1, p. 226.

¹⁸⁸ *Ibid.*, pp. 226-227.

¹⁸⁹ P. Tousignant, « L'incorporation de la province de Québec dans l'Empire britannique, 1763-1791 », *op. cit.*, xlvii.

¹⁹⁰ E. Thurlow, « Rapport du procureur général Edward Thurlow, 22 janvier 1773 », *DCI*, vol. 1, p. 425.

47. Le procureur général londonien Marriott, conclue quant à lui 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 »¹⁹¹, son analyse est peu favorable à une coexistence de la norme britannique face à un corpus de règles françaises¹⁹². Marriott centre alors son propos sur la question de la langue et la difficulté de l'introduction de la procédure du jury auprès de la population canadienne française¹⁹³. S'opposant à la plupart de ces vues, le groupe des marchands, appuyé par le juriste Maseres, édifie une vision tendant à une adaptation des normes britanniques au droit colonial de la Province.

B/Entre stabilisation juridique et représentation politique : l'analyse de Maseres

48. Juriste brillant, Maseres obtint le poste de procureur général de la province de Québec, à la suite de la destitution de George Suckling¹⁹⁴. Dès ses premiers travaux, Francis Masères 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. 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 l'orienter 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.

1) La quête de l'assimilation

49. Ayant travaillé 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.

¹⁹¹ J. Marriott, « Rapport de l'avocat général James Marriott sur un Code de loi pour la Province de Québec, Londres » (1774), *DCI*, vol. 1, p. 449.

¹⁹² *Ibid.*, p. 449.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 454.

¹⁹⁴ E. Arthur, « Maseres », *DBC*, vol. 6, p. 545-547.

50. 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 majorité¹⁹⁵. Il rédige en 1768 un brouillon de rapport pour le compte de Carleton¹⁹⁶. Ses conclusions n'allant pas dans le sens espéré par ce dernier, 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. Maseres¹⁹⁷ mais également le juge en chef Hey rédigeront des commentaires sur ce rapport. Cette tentative de faire évoluer la norme coloniale s'avère donc, dans un premier temps, être un échec. Dans sa critique, Maseres semble considérer que le droit anglais avait été introduit dans la province du fait de la Conquête, alors que dans « rapport », il semblait moins catégorique, développant une série de solutions qu'il laisse ouverte afin de permettre au gouvernement d'intervenir en toute connaissance de cause.

51. Si Maseres ne s'oppose pas au rétablissement des normes françaises, il expose dans son « rapport » différentes solutions qui ont toutes un certain nombre d'inconvénients, laissant au gouvernement le soin de trancher le débat. La première solution semble toutefois avoir sa préférence, c'est-à-dire établir un code propre à la province, indiquant les normes à appliquer, sans référence à leurs origines. Il envisage également de rétablir le droit français en bloc, l'agrémentant de quelques lois britanniques, ou, à l'inverse, introduire globalement le droit anglais à l'exclusion de quelques domaines spécifiques où les normes françaises subsisteraient. La difficulté semble être selon lui essentiellement une question de lisibilité, de sécurité juridique¹⁹⁸ et de détachement des règles de leur substrat culturel. Il est en défaveur des solutions posant le recours identifié à l'un ou l'autre système car cette perception inciterait les uns et les autres à un recours continu au modèle de la norme métropolitaine, ce qui, dans le cas du recours au droit français, entraînerait un risque politique de sublimation de la culture juridique française¹⁹⁹, et une source éventuelle d'instabilité politique plutôt que d'assimilation. Si ce choix, qui sera *in fine* celui de Carleton et du Gouvernement, s'avère le plus simple et efficace, il maintient, dans l'esprit

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ 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 », *DCI*, vol. 1, p. 334.

¹⁹⁷ « Critique du rapport du Gouverneur Carleton sur les lois de la Province par le Procureur Général Maseres », *DCI*, vol. 1, p. 350 et sq.

¹⁹⁸ « Brouillon d'un rapport », *op. cit.*, p. 330.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 347.

de Maseres, - ce en quoi il ne se trompait pas - une tradition juridique propre à la population, en plus de déplaire aux colons britanniques :

« (...) cette mesure tendrait à conserver chez les Canadiens, ce respect dont nous avons parlé précédemment, pour les lois de France, pour la sagesse du parlement de Paris et l'excellence du gouvernement français, conséquence qui fait bien saisir les avantages de l'adoption du premier moyen, c'est-à-dire la confection d'un code de lois propres à faire disparaître ce sentiment chez les Canadiens »²⁰⁰.

52. Pragmatique, Maseres, s'il laisse apparaître ses préférences, se garde bien de lier les mains du législateur colonial, et reconnaît que le maintien des normes françaises pour un grand nombre de domaines (tenure, succession, douaire, aliénation et servitude des propriétés foncières ...) est nécessaire dans l'immédiat. Cette logique d'équilibre est permanente²⁰¹. Il reconnaît toutefois que la situation n'est pas satisfaisante et il convient d'une nécessaire réforme au regard des particularismes de la colonie²⁰².

53. Dans sa *Critique du Rapport de Carleton*²⁰³, Maseres conteste la volonté du gouverneur de rétablir le droit privé français, notamment car cela lui semble contraire aux termes de la Proclamation, nuisible aux sujets anglais habitant au Québec, un frein au développement de la colonisation et à une certaine assimilation de la population d'origine française. Il radicalise sa position et démontre l'incohérence de l'attitude pragmatique vis-à-vis des termes de la Proclamation et de l'assimilation souhaitée, *in fine*, de la colonie au modèle colonial britannique²⁰⁴. Il multiplie alors les critiques contre le droit français, fustigeant les qualités du douaire, de la transmission des terres ou des règles de succession²⁰⁵. Toutefois, malgré ces défauts intrinsèques, Maseres conclut au nécessaire rétablissement des règles françaises, l'établissement de certaines normes anglaises pouvant s'avérer un remède pire que le mal²⁰⁶. Sa logique vise néanmoins à « laisser les lois anglaises subsister comme lois générales dans la province (...) »²⁰⁷. La rédaction d'un code apparaît à nouveau, dans cette critique²⁰⁸, comme la

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 346.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 334.

²⁰² *Ibid.*, p. 337.

²⁰³ Maseres, « Critique du rapport de Carleton », *DCI*, vol. 1, p. 350

²⁰⁴ *Ibid.* p. 351.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 355-356.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 355.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 354.

²⁰⁸ Sur ce projet, voir notamment les documents reproduits dans : *Reports on the Laws of Quebec, 1767-1770*, ed. by W.P.M. Kennedy and Gustave Lanctot, Ottawa, 1931.

meilleure solution afin de répondre à l'insécurité juridique née de la Proclamation. Pour Masères, si les considérations idéologiques et de classe ne sont pas absentes de son esprit, le véhicule juridique le plus solide lui semblait clairement être la codification²⁰⁹. En conflit avec les administrateurs de la colonie, Maseres obtint de Carleton à l'automne 1769 un congé d'un an, sans retour, ce qui lui permettra d'influer sur l'évolution juridique de la colonie depuis Londres.

2) La représentation des intérêts marchands britanniques (Masères et H. Finlay)

54. Paradoxalement, Maseres s'était trouvé dans un premier temps en assez forte opposition face aux intérêts des marchands britanniques durant l'exercice de sa charge, notamment pour avoir déclaré que les lois anglaises sur la faillite s'appliquaient dans la colonie ou que les droits de douanes trouvaient leur fondement tant sur le droit français que britannique²¹⁰. Toutefois, après son retour en Angleterre, il assura une représentation active au nom de ces derniers²¹¹. Maseres publia à Londres un projet de loi intitulé *Draught of an act of parliament for settling the laws of the province of Quebec*²¹², en août 1772. Dans ce texte, il prône principalement le recours à l'« Extrait des Messieurs » comme base juridique de la province, auquel s'ajouterait certaines parties de la loi anglaise dont le pouvoir britannique pouvait souhaiter l'adoption, notamment en matière de succession, annonçant la logique de l'Acte de Québec. Face aux critiques virulentes de Cugnet, Maseres se trouva alors dans l'obligation d'y répondre tout en modifiant certaines de ses prises de position²¹³. Maseres fait alors valoir, dans sa correspondance avec le Lord Chancelier, le bon accueil qui est fait à ses écrits chez certains canadiens, sa

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 80.

²¹⁰ « Ses positions, exposées dans la Gazette de Québec en décembre 1767, lui valurent dans le même journal une dénonciation amère et anonyme qu'il attribua à George Suckling et à Thomas Aylwin, marchand de Québec » ; E. Arthur, *op. cit.*, p. 546.

²¹¹ *Ibid.*

²¹² F. Maseres, *A draught of an act of parliament for tolerating the Roman Catholic religion in the province of Quebec, (...)*, London, Ch. Eyre and W. Strahan, 1772.

²¹³ F. Maseres, *Réponse aux observations faites par Mr. F.-J. 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 ladite province [...]*, London, 1773.

réponse à Cugnet étant « (...) universellement admirée et applaudie par les Anglais et les Canadiens »²¹⁴.

55. Cette controverse ne diminua pas pour autant l'impact des écrits et des représentations de Maseres, appuyé par certains marchands²¹⁵ ou fonctionnaires de la colonie, comme Hugh Finlay²¹⁶. Il fut d'ailleurs invité à faire valoir les intérêts des marchands britanniques de la colonie²¹⁷ devant le comité de la chambre des Communes lors des travaux sur le projet de loi qui allait devenir l'Acte de Québec²¹⁸. Contestant à nouveau la pertinence de plusieurs mesures avancées par Carleton, il adopta à cette occasion une position nuancée par rapport à ses commettants²¹⁹, se refusant à faire valoir un abandon pur et simple des normes française²²⁰ tout en se faisant le publiciste zélé des intérêts des marchands britanniques de Québec auprès des institutions londoniennes²²¹. Il prôna de plus la revendication portant sur un conseil législatif élargi plutôt que la réunion d'une véritable assemblée ayant pouvoir d'imposition. Après l'adoption de l'Acte de Québec, Maseres renforça encore son activité en faveur des marchands britanniques installés dans la province, essayant de peser sur l'évolution des normes coloniales. Défendant les intérêts mercantiles et visant à un rapprochement avec les intérêts des colonies d'Amérique, Maseres diffusa à la suite une série de textes, dont notamment les *Additional papers concerning the province of Quebec* (1776) et *The Canadian freeholder*, ouvrage en trois volumes

²¹⁴ « Maseres au Lord chancelier », *DCI*, vol. 1, p. 516.

²¹⁵ Voir « Lettre du Comité à Maseres », *DCI*, vol. 1, p. 476.

²¹⁶ Celui-ci, nommé en 1775 au Conseil législatif « s'opposa à de nombreuses mesures » contraires aux intérêts mercantiles formulées dans l'Acte de Québec. Prônant largement l'introduction du jugement par jury, il joua un rôle primordial au sein du Conseil législatif en faveur de la réforme de l'administration de la justice, notamment après 1779 ; voir I. K. Steele, « Hugh Finlay », *DBC*, vol. 5, pp. 345-347.

²¹⁷ Voir D. Milobar, « The origins of British-Quebec merchant ideology: New France, the British Atlantic and the constitutional periphery, 1720–70 », *The Journal of Imperial and Commonwealth History*, vol. 24, Issue 3, 1996, pp. 364 – 390.

²¹⁸ Voir G.-B., Parl., *Debates of the House of Commons in the year 1774, on the bill for making more effectual provision for the government of the Province of Québec, drawn up from the notes of Sir Henry Cavendish [...]*, London, 1839 ; réimpr., East Ardsley, New York, 1966.

²¹⁹ Pour un développement des positions des marchands britanniques installés à Québec, voir « Mémoire des marchands de Londres engagés dans le commerce avec Québec », *DCI*, pp. 495-505.

²²⁰ Voir E. Arthur, *op. cit.*, p. 546.

²²¹ « Lettre de Maseres à Dartmouth », 4 janv. 1774, *DCI*, vol. 1, p. 472.

publiés de 1777 à 1779²²². Dans ces textes, il prône une modification des frontières de la Province de Québec, au profit des colonies américaines, ainsi qu'un rétablissement global des lois anglaises, à l'exclusion de quelques exceptions. Maseres maintient son intérêt pour la colonie²²³, répondant notamment à un écrit émanant des juristes de la colonie à travers son *Answer to an introduction to the observations made by the judges of the Court of Common Pleas*²²⁴ ou défendant la cause de Pierre du Calvet²²⁵. Toutefois, l'Acte constitutionnel de 1791 constitue pour partie un succès aux yeux des marchands britanniques installés à Québec²²⁶, ce qui aura pour conséquence de diminuer son rôle de lobbyiste après cette date.

56. Dans un autre registre, l'administrateur Hugh Finlay – en compagnie du marchand William Grant notamment – joua un rôle important sur l'évolution juridique de la colonie, durant les années 1780. Son action se matérialisa sous la forme d'une réintroduction de l'*habeas corpus* dans le système judiciaire de la province, lequel était suspendu depuis 1774. L'année suivante, il présenta en un vaste programme législatif, visant à l'établissement de plusieurs normes d'origines britanniques : le recours au jury dans certaines causes civiles, l'introduction du droit de commerce anglais, l'établissement de certaines règles de procédures et de preuve britanniques. Situé idéalement dans le cadre institutionnel afin de faire évoluer la norme coloniale, Finlay verra ses espoirs déçus face à l'opposition « du *French party* que dirigeait Adam Mabane »²²⁷.

Conclusion :

57. L'Acte constitutionnel de 1791 qui établit le système parlementaire participe à la cristallisation des antagonismes culturels aboutissant à une impossible réforme juridique, que tous appellent pourtant de leurs vœux. Il en est ainsi de l'introduction de la faillite qui donne lieu à une opposition entre un projet de loi d'inspiration française, adopté par

²²² F. Maseres, *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 Quebec-Act (...)*, 3 vol., London, 1777–1779.

²²³ Voir S. Morley Scott, « The Authorship of Certain Papers in The Lower Canada Jurist », *Canadian Historical Review*, vol. 10, n. 4, 1929, pp. 335-342.

²²⁴ F. Maseres, *Answer to an introduction to the observations made by the judges of the Court of Common Pleas, for the district of Quebec, (...)*, London, 1790.

²²⁵ F. Maseres, *The case of Peter Du Calvet, esq. of Montreal in the province of Quebec [...]*, London, 1784.

²²⁶ P. Tousignant, « Problématique pour une nouvelle approche de la Constitution de 1791 », *R.H.A.F.*, vol. 27, n° 2, 1973, pp. 181-234, p. 184.

²²⁷ Clé de voûte de la campagne des marchands pour une réforme judiciaire, Finlay sera fort réticent à l'appui d'une chambre législative ; I. K. Steele, *op. cit.*, pp. p. 347

l'Assemblée élue et un projet de loi du Conseil, puisant aux sources anglaises²²⁸. Si certains britanniques implantés dans la colonie constatent en novembre 1774 que « les lois du Canada » leur « sont complètement étrangères », et leur « inspirent de la répulsion comme Anglais »²²⁹ on peut estimer, à l'aune des adaptations qu'ont connu les normes en Nouvelle-France, qu'elles paraîtraient, pour partie du moins, étrangère à un praticien de la région parisienne.

58. Lorsque le Parlement britannique adopte l'Acte de Québec en juin 1774²³⁰ et qu'il remet globalement en vigueur les règles appliquées en Nouvelle-France, le droit privé « canadien » connaît un socle solide, auquel ces juristes ont largement contribué. Au terme de cette étude, les acteurs de la norme coloniale d'Ancien régime ont donc bien pesé sur son adaptation puis son appropriation. Face à leurs homologues métropolitains, les administrateurs disposent d'un fort pouvoir dans cette évolution, alors que la doctrine et les universitaires en sont bien absents. Ce constat ne peut étonner au vu de l'absence d'institution d'enseignement du droit. Au regard des outils employés dans cette transformation de la norme, certaines caractéristiques se font jour. Les rapports à la métropole prennent une importance particulière et deviennent les véhicules majeurs de l'évolution de la norme. La correspondance personnelle, l'utilisation de la presse naissante ou des pétitions constituent d'autres outils de transformation des règles de droit.

59. Par contre, au regard de la pratique en Nouvelle-France, les décisions de justice ne forment pas un outil privilégiée de modification normative. Enfin, il faut souligner les impacts de cette évolution. Le principal effet est une adaptation pragmatique au contexte propre à l'outre-mer. Celle-ci s'accompagne d'une lente appropriation des normes métropolitaines à l'identité coloniale, ce qui, dans le contexte du Canada, aboutit à une mixité juridique forte. Enfin, de manière connexe, un discours politique identitaire s'affirme, qui, dans un même mouvement, nourrit et prolonge le discours juridique. Les juristes sont bien souvent des acteurs privilégiés du monde politique colonial naissant. Ces acteurs du droit

²²⁸ Voir « Answer to Maseres « Short view of the Bankruptcy Laws » in the Quebec Gazette, december 24 and 31, 1767 », *The Maseres Letters 1766-1768*, ed. by W. Stewart and M.A. Wallace, University of Toronto studies, Toronto and Oxford university press, 1919, p. 125 et sq.

²²⁹ « Pétitions pour obtenir l'abrogation de l'Acte de Québec », *DCI*, vol. 1, p. 571. Voir également la « Pétition aux Lords », *ibid.*, p. 574 et « Pétition aux Communes », p. 575.

²³⁰ 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.

colonial montrent un goût pour le pragmatisme et la réforme juridique qui fait du droit colonial le banc d'essai du droit positif moderne. Ce droit colonial semble plus enclin, du moins dans ses représentations, à une adaptation aux réalités sociétales et économiques que n'apparaissait à ces acteurs le droit d'Ancien Régime métropolitain, davantage fondé sur une tradition pérenne.