

la revue du **BARREAU**

Septembre-Octobre 1997 – Tome 57, N° 3

Le compte courant en droit commercial au Québec

Marc Duval 453

Le contenu obligationnel du contrat de représentation
commerciale internationale en droit québécois

Générosa Bras Miranda 491

New legal warranties under Quebec construction law

David H. Kauffman 589

Chroniques

Droit administratif. La loi québécoise sur la justice
administrative

Gilles Pépin 633

Droit agricole. Les ventes d'animaux et la garantie des vices
cachés

Paul Pomerleau et Dr Pierre Thouin m.v. 663

Histoire du droit. Les changements de régimes juridiques
consécutifs à la Conquête de 1760

Michel Morin 689

HISTOIRE DU DROIT

Michel MORIN*

Les changements de régimes juridiques consécutifs à la Conquête de 1760

En 1759, la capitulation de la ville de Québec inaugure une période d'incertitude et d'instabilité dans la vallée du Saint-Laurent. L'arrivée des administrateurs britanniques donne lieu à une certaine flottement sur le plan juridique, en particulier en ce qui concerne le droit privé. En 1774, l'*Acte de Québec* clarifie la situation, après que la métropole eut tenté d'imposer le droit anglais. Cette tentative d'éradiquer le droit français a laissé des cicatrices profondes dans l'imaginaire collectif de la société québécoise, en particulier chez les juristes. Pourtant, elle n'a produit que des résultats mitigés, qui sont très mal connus de la communauté juridique. Dans ces conditions, il peut paraître utile de présenter brièvement les traits saillants de cette période, afin d'attirer l'attention sur les sources qu'il est indispensable de consulter avant d'écrire sur

la Conquête de 1760, la *Proclamation royale* de 1763 ou l'*Acte de Québec* de 1774.

A. La Capitulation de 1760

Le 18 septembre 1759, la ville de Québec capitule devant les forces britanniques; les Français se replient sur Montréal, où ils se maintiendront encore une année. La Capitulation est muette sur le sort qui doit être réservé au système juridique de la Nouvelle-France¹. Le 22 mai 1760, une proclamation du brigadier général James Murray déclare toutefois que le roi de Grande-Bretagne «veut maintenir les Communautés, et les Particuliers, dans tous leurs biens, dans leurs Loix et Coutumes, pourvu que Contens de Sentiments si genereux ils se Soumettent de Bonne Grâce et promptement à ses Ordres»². Cet engagement ne sera pas repris dans la capitulation

* Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Le texte qui suit reprend partiellement un chapitre d'un ouvrage en préparation, pour lequel la Fondation du Barreau du Québec nous a accordé une subvention de recherche. L'auteur tient à exprimer sa gratitude à Madame Patricia Kennedy, des Archives nationales du Canada, dont l'aide lui a été précieuse lors de la recherche de documents conservés au Canada et en Angleterre.

1. *Articles de la Capitulation de Québec*, dans Adam SHORTT et Arthur DOUGHTY (éd.), *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, 2^e éd., Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1921 (ci-après *D.C. D.*), p. 1. Cet ouvrage constitue une référence indispensable sur toute cette période.
2. *Ordonnances, Proclamations, etc. émises par les gouverneurs militaires de Québec, Montréal et Trois-Rivières, Depuis la Capitulation de Québec jusqu'à l'établissement du Gouvernement civil, le 10 août 1764*, dans Arthur G.

définitive signée à Montréal. D'un strict point de vue juridique, il s'agit d'une simple déclaration d'intention, qui ne lie pas les autorités britanniques.

Dans les premiers jours de septembre 1760, les guerriers autochtones vivant en Nouvelle-France concluent des traités de paix avec la couronne britannique, abandonnant ainsi leurs alliés français³. Le 8 du même mois, les forces françaises déposent les armes⁴. La Capitulation de Montréal rédigée à cette occasion se présente sous la forme de deux colonnes distinctes. Celle de droite contient les articles demandés par les Français; celle de gauche contient la réponse du général Amherst, c'est-à-dire les engagements pris au nom de la Grande-Bretagne. Aux termes de l'article 37, les personnes qui vivent dans la colonie doivent conserver «l'Entière paisible propriété et possession de leurs biens, Seigneuriaux et Roturiers Meubles et Immeubles, Marchandises, Pelleteries et Autres Effets» et sont autorisées à vendre ces biens. Le général Amherst répond: «Accordé comme

par l'article 26», c'est-à-dire, sous réserve des droits que le roi de Grande-Bretagne acquiert en tant que successeur du roi de France. Les droits des seigneurs sont donc reconnus et, par voie de conséquence, le régime seigneurial.

L'article 42 a une portée plus large:

Les françois et Canadiens Continueront d'Estre Gouvernés Suiuant La Coutume de Paris et les Loix et Usages Etablis pour ce pays; Et Ils ne pourront Estre assujettis à d'Autres Impots qu'a ceux qui Estoient Etablis sous la domination française.

La réponse est la suivante: «Répondu par les Articles précédents, et particulièrement par le dernier», c'est-à-dire: «Ils deviennent Sujets du Roy». Il s'ensuit que le roi de Grande-Bretagne se réserve le droit d'imposer des impôts et de modifier le système juridique de la Nouvelle-France. Reproduire l'article 42 en omettant la réponse du général Amherst, comme le fait M^e Christian G. Sirois, c'est induire les juristes en erreur⁵. Par ailleurs, aux

DOUGHTY (éd.), *Report of the Public Archives for the year 1918*, Ottawa, J. de Labroquerie Taché, 1920, Appendice B (ci-après *R.A.P.C. 1918*), p. 9. Les documents en question ne portent pas de titre.

3. Voir *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Côté c. La Reine*, [1993] R.J.Q. 1350, 1365-1367 (C.A.); la Cour suprême a décidé qu'elle n'avait pas à discuter du Traité de Swegatchy (*R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 88); sur l'aptitude des autochtones à conclure des traités, voir généralement Michel MORIN, *L'usurpation de la souveraineté autochtone*, Boréal, Montréal, 1997.
4. *Articles de la Capitulation, Montréal, D.C. I*, p. 5. Aux termes de l'article 50, «La presente Capitulation Sera Inviolablement Executée En tous Ses Articles, de part et d'autre et de bonne foy, Non obstant [sic] toute Infraction et tout autre prétexte par Rapport aux précédentes Capitulations, et sans pouvoir servir de représailles». Ce document est donc le seul qui puisse lier le conquérant à l'avenir.
5. Christian G. SIROIS, «D'une charte à l'autre : les 350 ans de Montréal», (1993) 26 *R.J.T.* 343, 345; cette erreur a été répétée, en toute bonne foi, dans un article par ailleurs fort bien documenté et très stimulant du professeur Marcel GUY, «Le Code civil du Québec: un peu d'espoir, beaucoup d'espoir», (1993) 23 *R.D.U.S.* 453, 459, où l'on cite l'article de M^e Sirois, ainsi que par Jean-Sébastien POIRIER, «Autopsie d'une disposition disparue; l'article 1056 du Code civil du Bas Canada»,

termes de l'article 47, les Français et les Canadiens conservent la propriété de leurs esclaves noirs ou «panis», c'est-à-dire autochtones; cette demande est accordée, hormis le cas des esclaves qui ont été faits prisonniers par les Britanniques⁶. Il faut donc se garder d'affirmer que l'esclavage n'a jamais été en vigueur au Québec, en ajoutant qu'il a été aboli par une loi au Haut-Canada⁷.

B. L'administration de la justice sous le Régime militaire

Sous le Régime militaire, la région de Québec, celle de Trois-Rivières et celle de Montréal constituent un district distinct, à la tête duquel se trouve un gouverneur⁸. À Québec, le 15 novembre 1759, Murray charge le colonel Young d'entendre les procès⁹. Le 31 octobre 1760, un Conseil est constitué, afin de connaître des causes civiles et crimi-

nelles¹⁰. Les membres du Conseil sont des militaires britanniques, mais les deux procureurs généraux et le secrétaire sont des juristes qui ont exercé leur profession en Nouvelle-France¹¹.

Après la Capitulation de Montréal, les capitaines de milice sont maintenus dans leurs fonctions par le général Amherst¹². En Nouvelle-France, ces officiers commandent à la milice en temps de guerre; en temps de paix, en sus de leurs occupations personnelles, ils exécutent diverses tâches administratives, notamment signifier des procédures et, à défaut de juridiction compétente, présider des conseils de famille. À Montréal et à Trois-Rivières, le 22 octobre 1760, ils sont autorisés à juger seuls les causes en matière civile, qu'ils peuvent toutefois déférer au commandant des troupes du district; à son tour, celui-ci peut renvoyer les parties devant le gouver-

(1995) 29 *R.J.T.* 657, 680-681. En revanche, une affirmation semblable apparaît également dans un texte de M^e Jacques Taschereau («Notre droit privé: Son Fondement, Ses Sources et Son Évolution», (1996) 98 *R. du N.* 494, 497 : «l'acte officiel de capitulation [...] reconnaissait le droit des habitants à leur religion et à leurs lois»). C'est une chose de déclarer qu'un texte ne constitue pas une «étude exhaustive et scientifique du sujet» (*id.*, p. 496). C'en est une autre de livrer au public un texte parsemé d'inexactitudes, qui est presque entièrement dépourvu de références, où l'auteur invente des titres de lois et modifie leurs dates (*Acte constitutionnel* de 1841 au lieu d'*Acte d'Union* de 1840, *Pacte fédératif* de 1867 au lieu de *Loi constitutionnelle de 1867*; *Code Napoléon* de 1806 au lieu de 1804: *id.*, p. 501-502). Il est étonnant que de telles erreurs aient échappé au comité de lecture de la *Revue du Notariat*.

6. Sur cette question, voir Marcel TRUDEL, *L'esclavage au Canada français*, Québec, Les Presses Universitaires Laval, 1960. Vers 1800, les juges refusent d'ordonner la détention des esclaves fugitifs, privant ainsi les maîtres de tout recours (*id.*, p. 302-303).
7. Jean RHÉAUME, *Droits et libertés de la personne et de la famille*, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1990, p. 21, note 59.
8. *R.A.P.C. 1918*, App. B, p. 22.
9. *Id.*, p. 3., art. 4.
10. *Id.*, p. 14.
11. *Id.*, p. 16-17. Un francophone, Jacques Allier, est également nommé juge civil et criminel. Sa compétence doit s'exercer dans les paroisses situées entre Berthier et Kamouraska (*D.C. I*, p. 23).
12. *R.A.P.C. 1918*, App. B, p. 21.

neur. La compétence en appel est calquée sur cette hiérarchie¹³.

Le 13 octobre 1761, dans le district de Montréal, une ordonnance du gouverneur prévoit qu'en première instance, les causes de plus de vingt livres seront entendues par une formation composée d'au moins cinq et d'au plus sept capitaines de milice, lesquels ont droit à un honoraire taxé. Leurs décisions peuvent être portées en appel, d'abord devant un Conseil militaire, puis devant le gouverneur¹⁴. Le 5 juin 1762, une ordonnance semblable est édictée dans le district de Trois-Rivières¹⁵. Par ailleurs, plusieurs notaires obtiennent des commissions; des ordonnances protègent également les droits des seigneurs¹⁶. Les témoignages contemporains confirment tous que, pendant cette période, le droit privé français demeure en vigueur¹⁷. Il est donc étonnant de lire que les commandants militaires ont été incapables d'appliquer le droit français parce qu'ils étaient «dans

l'ignorance générale de la langue et des institutions juridiques de la population conquise»¹⁸.

L'attitude des officiers britanniques leur est dictée par la common law. En effet, une colonie dont la population chrétienne est conquise par la Grande-Bretagne conserve son système juridique jusqu'à ce que le roi décide de le modifier. Si la souveraineté britannique découle automatiquement de la conquête, les règles du droit public anglais ne sont pas automatiquement substituées à celles de l'ancien droit colonial, qui continuent d'être appliquées jusqu'à ce que la volonté du roi soit connue. Ainsi, une loi de Grande-Bretagne interdisant la vente d'une charge d'officier de justice ne s'applique pas dans une colonie conquise où le droit anglais n'a pas été formellement mis en vigueur¹⁹.

La célèbre affaire *Campbell c. Hall* porte sur le remplacement d'une taxe à l'exportation de sucre

13. *Id.*, p. 32.

14. *Id.*, p. 48. Les causes de moins de vingt livres sont entendues par un seul capitaine de milice, avec droit d'appel uniquement devant la formation qui entend normalement les causes de plus de vingt livres (*id.*, p. 49).

15. *Id.*, p. 128. La formation de première instance est composée d'au moins trois et d'au plus cinq capitaines de milice (art. 8).

16. Voir notamment *id.*, p. 23-30, 37, 41-42, 52, 62, 66, 68, 70, 73, 76, 81.

17. Pierre-E. AUDET, *Les officiers de justice, des origines de la colonie jusqu'à nos jours*, Montréal, Institut québécois d'administration de la justice - Wilson et Lafleur, 1986, p. 25-29; Evelyn KOLISH, *Nationalismes et conflits de droits: le débat du droit privé au Québec, 1760-1840*, Ville Lasalle, Cahiers du Québec - Hurtubise HMH Ltée, 1994, p. 29; André MOREL, «La réception du droit criminel anglais au Québec, (1760-1892)», (1978) 13 *R.J.T.* 449, 454; Jacques-Yvan MORIN, «L'évolution constitutionnelle du Canada et du Québec de 1534 à 1867», dans J.-Y. MORIN et José WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec du Régime français à nos jours*, Montréal, Éditions Thémis, 1992, aux p. 43-44.

18. J. TASCHEREAU, *loc. cit.*, note 5, p. 497. S'il est vrai que les militaires ignoraient tout du droit français, ils ont pu se renseigner auprès des juristes ayant exercé leur profession en Nouvelle-France ou déférer à l'avis des capitaines de milice.

19. *Blankard c. Galdy*, (1693) 2 Salk. 411, 91 E.R. 356 (B.R.).

imposée dans l'île de Grenade par le roi de France²⁰. Après la Capitulation de l'île, le 7 février 1762, les Britanniques continuent de percevoir cette taxe. Le 20 juillet 1764, des lettres patentes du roi de Grande-Bretagne prévoient l'imposition d'une taxe plus élevée. Les juges doivent décider si la prérogative royale autorise le roi à agir de la sorte. Ils répondent qu'après la Conquête, le roi peut modifier le droit de la colonie, ce que les lettres patentes ont tenté de faire. Toutefois, à cette date, le roi a déjà exercé son pouvoir de modification en adoptant la *Proclamation royale* du 7 octobre 1763. Celle-ci prévoit que le pouvoir législatif doit être exercé en temps opportun par une législature coloniale comprenant une chambre élue. La taxe du mois de juillet 1764 n'a donc pas été imposée valablement.

Aux yeux des juges, la validité de la *Proclamation royale* découle du pouvoir reconnu au roi après une conquête et ne fait pas de doute. En revanche, cette même *Proclamation* met fin à son pouvoir d'imposer une taxe dans la colonie conquise. Il ressort de tout ceci que les taxes imposées sous la domination française demeurent exigibles jusqu'à ce que le roi en décide autrement, conformément aux règles du droit anglais. Une situation semblable a été observée dans la province de Québec, qui a également été régie par la *Proclamation royale*. Le 22 novembre 1765, à Londres, un rapport approuvé par la Commission du Commerce (*Board of Trade*) déclare qu'après la Conquête, en vertu de la common law, le roi de Grande-Bretagne peut continuer à percevoir les taxes imposées en Nouvelle-France²¹. À Londres, des marchands obtiennent toutefois

20. *Campbell c. Hall*, 1 Cowp. 204, 209, 98 E.R. 1045, 1047-1048 (B.R., 1774); traduction française dans *D.C. I*, p. 506; sur les règles concernant la conquête, voir également *Calvin's Case*, 77 E.R. 377, 397-398; *Dutton c. Howell*, 1 E.R. 17, 21 (1693, plaidoiries devant la Chambre des Lords); «Memorandum 9th of August, 1722», 2 Peere Williams 75, dans *Calvin's Case*, 77 E.R. 377, 398, note K).
21. Le 6 août 1764, une opinion du procureur général Norton et du solliciteur général De Grey déclare que le roi de Grande Bretagne peut autoriser la perception des taxes imposées sous le Régime français. Elle met en doute le droit du roi d'augmenter leur montant en recourant à la prérogative royale: «We have taken the matters referred to Us into Our consideration [and] are humbly of opinion that the Duties payable to the French Government of Quebec and its Dependences, when they were conquered may be legally collected by a proper Authority, from His Majesty [and] if the monies arising from such Duties should not be found sufficient to answer the Expenses of the civil Government thereof, in that case, We are doubtful how far His Majesty can by Virtue of His Prerogative, raise further Taxes from those Colonies in their present State» (Public Record Office, Kew, R.-U., T1/430/62/257, extrait). En 1766, une proclamation du gouverneur de la province de Québec décrète que les taxes imposées sur les alcools sous le Régime français doivent dorénavant être payées au receveur général de la colonie, en faisant référence au rapport de la Commission du Commerce du 22 novembre 1765 (*Proclamation*, *Gazette de Québec*, 7 juillet 1766, *R.A.P.C. 1918*, App. C, p. 9-10; voir également les *Instructions à Thomas Mills, receveur général de la Province of Quebec*, 22 novembre 1765, dans Nelson-Martin DAWSON, *Lendemain de conquête au Royaume du Saguenay*, Nuit-Blanche, s.l., 1996, Annexe II, p. 255). Des jurys de la colonie rejettent toutefois les actions intentées afin de recouvrer ces taxes

le remboursement d'une partie des taxes qui ont été perçues sous le Régime militaire, soit celle qui excède le montant des droits imposés en Nouvelle-France²². La règle du

maintien en vigueur du droit d'une colonie conquise n'est donc pas limitée au droit privé, contrairement à ce qu'affirment souvent les juristes du XX^e siècle²³.

(Francis MASERES, *A Collection of Several Commissions, and Other Public Instruments, Proceeding from His Majesty's Royal Authority, and Other Papers, Relating to the State of the Province in Québec in North America, since the Conquest of it by the British Arms in 1760*, (1772), Toronto, S.R. Publishers Limited, 1966, p. 289). Ultérieurement, le jugement *Campbell c. Hall* (98 E.R. 1045, 1050 B.R., 1774) décide que le Conseil législatif d'une des nouvelles colonies créées par la *Proclamation royale* n'est pas habilité à légiférer, car une législature comprenant une assemblée élue doit être constituée. En outre, la prérogative royale résultant de la conquête a pris fin avec l'adoption de la *Proclamation royale*. D'autre part, les instructions du gouverneur autorisent le Conseil de la Province de Québec à édicter des ordonnances ne portant pas atteinte «à la vie, à la sûreté corporelle ou à la liberté du sujet» ou n'imposant pas de taxes (*Instructions au Gouverneur Murray, D.C. I*, p. 155, n^o 11, p. 159). Ces instructions, qui sont officieuses et demeurent fréquemment secrètes, ne peuvent effectuer une telle délégation de pouvoir (Jacques L'HEUREUX, «L'organisation judiciaire de 1764 à 1774», (1970) 1 *R.G.D.* 266, 272).

22. Après la Conquête, Murray considère qu'il a le pouvoir de percevoir les taxes imposées sous le Régime français, et même de les modifier: «He considered that the Law of Nations gives the Conqueror a Right to every Thing the former Possessor could claim, as well as to the mode of claiming it. As Representative of the King, he concluded he had the same powers therefore to alter and impose Duties, which the French Kings' Governor and Intendant had; [...]» («State of Facts and Proceedings relative to the Duties collected at Quebec by the Direction of Governor Murray, on account of which Actions were commenced against him in the Court of Common Pleas», transcription, Archives nationales du Canada, MG 40 D9 TS 11, vol. 387, dossier 825).

Murray décide toutefois de taxer le rhum importé, ce qui n'était pas le cas sous le Régime français. En outre, il réduit le montant des droits imposés et exonère les alcools britanniques. Le 10 février 1768, une opinion du procureur général et du solliciteur général déclare que les taxes imposées avant la Conquête peuvent être perçues après celle-ci, mais qu'elles ne peuvent être augmentées: les revenus provenant de la taxe sur le rhum doivent donc être remboursés (*ibid.*). Les avocats des demandeurs acceptent cette offre de remboursement. Le juge en chef de la Cour des plaids communs laisse entendre que les demandeurs ont fait preuve de sagesse en agissant de la sorte (*ibid.*; on trouve un résumé très fidèle de ce document dans F. MASERES, *op. cit.*, note 21, p. 296-297). En bref, tous les juristes semblent s'entendre sur le droit du roi de percevoir les taxes imposées avant la Conquête. Au Québec, en 1769, une nouvelle tentative de percevoir ces taxes échoue, car un jury rejette l'action intentée par le procureur général (*id.*, p. 298-306).

23. Le cas du droit pénal est un peu particulier. Après la Conquête, le général Thomas Gage ordonne que les procès criminels soient instruits par des cours martiales générales. Dans son esprit, les tribunaux de la Nouvelle-France ayant cessé de fonctionner, il ne saurait être question de recourir à l'ancien droit de la colonie. Le général confie donc à des cours martiales le soin d'entendre les procès criminels. Implicitement celles-ci doivent appliquer le droit militaire aux civils, ce qui sera jugé inacceptable en Angleterre: voir Douglas HAY, «Civilians tried in Military Courts: Quebec, 1759-64», dans F. Murray GREENWOOD et

C. Les suites de la *Proclamation royale*

La *Proclamation royale* du 7 octobre 1763 organise le gouvernement de la province de Québec²⁴. Elle ordonne aux juges de décider «suivant la loi et l'équité, conformément autant que possible aux lois anglaises». L'intention d'imposer le droit anglais ne fait aucun doute. En Angleterre, plusieurs voix s'élèvent contre cette décision. Ainsi, le 24 décembre 1764, l'un des juristes les plus réputés de l'Angleterre, le juge en chef de la Cour du banc du Roi, Lord Mansfield, exprime sa consternation, dans une lettre personnelle adressée au premier ministre²⁵:

Is it possible that we have abolished their laws, and customs, and forms of judicature all at once? – a thing never to be attempted or wished. The history of the world don't furnish an instance of so rash and unjust an act by any conqueror whatsoever; much less by the Crown of England, which has always left to the conquered their own laws and usages with a change only so far as the sovereignty was concerned.

Au Québec, la *Proclamation* entre en vigueur le 10 août 1764²⁶. Consistent des difficultés qui s'annoncent, le gouverneur Murray et son conseil édictent une ordonnance sur l'administration de la justice²⁷, qui a donné lieu à deux études remarquables²⁸. En bref, l'ordonnance prévoit que

Barry WRIGHT, *Canadian State Trials, Law, Politics and Security Measures, 1608-1837*, Toronto, University of Toronto Press, 1996, p. 72 et Appendice 3, D, p. 621-623; A. MOREL, *loc. cit.*, note 17, p. 454-456. Il est donc exagéré de dire, comme le fait le procureur général Marriott à propos du droit pénal, que:

«[...] cette partie de la justice distributive et exécutive [...] est tellement attachée à toute couronne et constituée à tel point une manifestation directe de tout gouvernement que, dès qu'un peuple tombe sous la protection et la domination d'un autre État, la partie des lois criminelles de cet État, appelée *crown law*, devient, par le fait même, immédiatement en vigueur» (*Rapport de l'avocat général Marriott sur un code de lois pour la Province de Québec, Londres, MDCCLXXIV, D.C. I*, p. 426, 435).

Si cette théorie était exacte, la common law aurait dû être appliquée sans discussion dès la Conquête, au lieu du droit militaire.

24. *Proclamation royale*, L.R.C. (1985), App. II, n° 1; traduction française dans *D.C. I*, p. 143.
25. Philip LAWSON, *The Imperial Challenge*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 1990, p. 58.
26. *R.A.P.C. 1918*, App. C, p. 401. Cette date correspond à l'expiration de la période de dix-huit mois pendant laquelle les sujets du roi de France pouvaient quitter la colonie et vendre leurs biens à des sujets britanniques (*Traité de Paris*, 10 février 1763, art. 4, *D.C. I*, p. 83).
27. *Ordonnance pour régler et établir les Cours de Justice, Juges de Paix, Séance de Quartier, Baillis, et autres matières touchant la distribution de la Justice dans cette Province*, (ci-après *Ordonnance pour régler et établir les Cours de Justice*) dans *Ordonnances faites pour la Province de Québec par le gouverneur et le Conseil de ladite Province depuis le commencement du Gouvernement civil* [jusqu'au 27 janvier 1767], Arthur G. DOUGHTY (éd.), *Rapport sur les Travaux relatifs aux Archives publiques pour l'année 1913* (ci-après *R.A.P.C. 1913*), Ottawa, J. de L. Taché – Imprimeur du roi, 1915, Appendice E, p. 49. Notons que la *Proclamation royale* autorisait expressément le gouverneur et son conseil à constituer les tribunaux sans le concours de l'assemblée élue.
28. J. L'HEUREUX, *loc. cit.*, note 21; André MOREL, «La réaction des Canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774, Une forme de résistance

pour les causes où le montant en litige excède dix livres, le demandeur a le choix de s'adresser soit à la Cour du Banc du roi, qui applique le droit anglais, soit à la Cour des plaids communs, qui doit juger «selon l'équité, ayant égard pourtant aux Loix d'Angleterre, autant que les circonstances et la situation des choses pourront le permettre, jusqu'à ce que le Gouverneur et le Conseil puissent établir des Ordonnances conformes aux Loix d'Angleterre, pour l'instruction du peuple»²⁹. Dans une lettre destinée aux autorités londoniennes, le gouverneur Murray critique implicitement les conséquences désastreuses de la *Proclamation royale*³⁰:

La Cour des plaids communs est établie seulement pour les Canadiens; ne pas admettre une cour semblable jusqu'à ce qu'on puisse supposer qu'ils se soient familiarisés suffisamment avec nos lois et nos méthodes concernant l'administration de la justice dans nos cours, équivaldrait à lancer un navire sur la mer sans boussole. Et vraiment, la situation des premiers serait encore plus cruelle – car le navire pourrait se sauver, la chance le

pousserait peut-être dans quelque port hospitalier, tandis que les pauvres Canadiens ne pourraient éviter ni les artifices des trompeurs, ni la voracité de certains praticiens – ils doivent être protégés contre de tels abus durant les premiers mois de leur ignorance, abus qui auraient pour résultat d'inspirer aux Canadiens de la méfiance et du dégoût à l'égard de notre gouvernement et de nos lois.

Initialement, les avocats et les procureurs «canadiens» peuvent plaider uniquement devant la Cour des plaids communs³¹. En 1766, une ordonnance les autorise cependant à agir devant tous les tribunaux de la province³². Les litiges d'une valeur de moins de dix livres sont abandonnés aux juges de paix. En vertu des règles du droit anglais en vigueur à cette époque, tous les juges doivent prêter un serment destiné à exclure les catholiques des fonctions publiques, car il équivaut à abjurer le dogme de la transsubstantiation³³. En raison du petit nombre de candidats protestants disponibles, dans la plupart des cas, les juges de paix font

passive», (1960) 20 *R. du B.* 53. L'étude du professeur L'Heureux contient une description détaillée des différents tribunaux mis en place sous le Régime de la Proclamation royale, notamment une Cour de chancellerie (sur cette question, voir Michel MORIN, «La compétence *parens patriae* et le droit privé québécois: un emprunt inutile, un affront à l'histoire», (1990) 50 *R. du B.* 827, 846-847).

29. *Ordonnance pour régler et établir les Cours de Justice*, précitée, note 27, p. 49.
30. *D.C. I*, p. 127, note 1.
31. *Ordonnance pour régler et établir les Cours de Justice*, précitée, note 27, p. 50.
32. *Ordonnance Pour changer et reformer un [sic] Ordonnance de son Excellence le Gouverneur et Conseil de Sa Majesté en cette Province, passée le Dix-Septième Jour de Septembre, 1764, R.A.P.C. 1913*, p. 86; il s'agit d'un autre texte que M^e Taschereau passe sous silence (J. TASCHEREAU, *loc. cit.*, note 5, p. 498). Depuis l'ordonnance de 1764, chaque partie peut demander à ce que sa cause soit entendue par un jury. L'ordonnance modificative de 1766 confirme que les canadiens peuvent servir comme jurés. Elle prévoit qu'en matière civile les jurés doivent être de la même origine que les parties (canadienne ou britannique, selon le cas) ou, si celles-ci sont d'une origine différente, être composés à part égale de Canadiens et de Britanniques.
33. *Commission de Capitaine général et Gouverneur en chef de la Province de Québec, D.C. I*, p. 146, 150; J.-Y. MORIN, *loc. cit.*, note 17, p. 48-49 et 83.

preuve d'arbitraire et imposent des frais exorbitants aux justiciables³⁴.

En pratique, lorsque les plaideurs sont tous deux d'origine française, il semble que les juges de la Cour des plaids communs aient tendance à appliquer le droit de la Nouvelle-France, même s'ils ne sont pas obligés d'agir ainsi³⁵. En outre, les justiciables délaissent les tribunaux de droit commun et demandent aux notaires et aux curés d'agir à titre d'arbitre³⁶. Dans l'ensemble, même s'il a été officiellement abrogé, le système juridique de la Nouvelle-France continue d'être appliqué par la population francophone, bien que sa reconnaissance par les tribunaux soit très aléatoire.

Aux termes de l'ordonnance de 1764 qui pourvoit à la création du système judiciaire, les lois et les coutumes françaises continuent de s'appliquer aux litiges mus entre des justiciables originaires de la province et

qui ont pris naissance antérieurement au 1^{er} octobre 1764³⁷. Le 6 novembre, devant l'émoi suscité par l'introduction du droit anglais, une nouvelle ordonnance vise les titres immobiliers créés antérieurement au Traité de Paris du 10 février 1763, ainsi que les règles successorales s'y rapportant. Dans ces deux cas, le droit de la Nouvelle-France demeure en vigueur jusqu'au 10 août 1765, «afin de tranquiliser les Esprits du Peuple à l'Égard de la Possession de leurs Biens»³⁸. En 1767, Carleton transmet à Londres un projet d'ordonnance portant que les règles de la Nouvelle France concernant les immeubles seront remises en vigueur³⁹. Ce projet n'est pas adopté; le droit d'origine française n'a donc jamais été rétabli par le Conseil législatif de la Province⁴⁰.

Après l'adoption de la *Proclamation royale*, les habitants de la Nouvelle France demandent la remise en vigueur du système juridique qui leur est familier⁴¹. Les autorités lon-

-
34. J. L'HEUREUX, *loc. cit.*, note 21, p. 312-316. Entre 1764 et 1770, une formation de trois juges de paix constitue la Cour des sessions semestrielles, qui a compétence pour les litiges d'une valeur de plus de dix livres et de moins de trente livres (*id.*, p. 287-288).
 35. *Id.*, p. 292-293. Les Canadiens protestent d'ailleurs énergiquement contre une tentative de transférer une cause de la Cour des plaids communs à la Cour du Banc du roi (Hilda NEATBY, *The Revolutionary Age 1760-1791*, Toronto, McClelland and Stewart Limited, 1966, p. 53).
 36. A. MOREL, *loc. cit.*, note 28.
 37. *Ordonnance pour régler et établir les Cours de Justice*, précitée, note 27, p. 50.
 38. *Ordonnance Pour tranquiliser les Esprits du Peuple à l'Égard de la Possession de leurs Biens, et Pour fixer l'Age de Majorité*, R.A.P.C. 1913, p. 56.
 39. Carleton à Shelburne, D.C. I, p. 262-263; *Projet d'ordonnance concernant le mode de tenure des terres sous le gouvernement français*, *id.*, p. 266.
 40. Contrairement à ce qu'affirment Paul-Yvan MARQUIS, «La tenure seigneuriale dans la province de Québec», *Répertoire de Droit - Titres immobiliers - Doctrine*, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1987, n° 107, p. 72, et J. TASCHEREAU, *loc. cit.*, note 5, p. 498.
 41. Voir par exemple *Pétition de habitants français au roi au sujet de l'administration de la justice*, D.C. I, p. 195; *Pétition pour obtenir le rétablissement des lois et coutumes française*, *id.*, p. 399. Les *Documents relatifs à l'histoire du Canada* (D.C. I) contiennent de nombreux textes où l'on discute de l'avenir du système juridique de la province de Québec; voir également W.P.M. KENNEDY

doniennes ne sont pas insensibles à ces demandes. En 1766, un projet d'instructions destinées au gouverneur prévoit que celui-ci devra faire adopter une ordonnance rétablissant le droit antérieur à la Conquête pour tout ce qui concerne les immeubles. Toutefois, au Conseil Privé, le Chancelier déclare que seul le Parlement impérial peut modifier la *Proclamation royale* de 1763. Cet

incident provoque la démission du cabinet⁴² et retarde sans doute de quelques années la solution du «problème» québécois.

D. L'Acte de Québec

En juin 1774, le Parlement de Westminster édicte l'*Acte de Québec*⁴³. L'article 7 permet aux catholiques désirant exercer une

et Gustave LANCTOT (éd.), *Rapports sur les lois de Québec, 1767-1770*, Ottawa, F.A. Acland, Imprimeur du Roi, 1931. Dans ce dernier volume, les règles du droit anglais concernant les biens immeubles sont décrites de façon peu flatteuse par le juge en chef Hey (p. 80):

«[...] elles renferment de nombreux germes de dissensions qu'elles suscitent dans nos cours d'Angleterre et dont il faudra préserver ce pays comme, par exemple, le mode de transport des terres, l'interprétation de certains actes alors que l'intention de la partie en cause se retrouve avec difficulté et même se perd totalement quelquefois dans les nombreux méandres d'une procédure compliquée.»

Pour sa part, le procureur général Masères écrit (p. 85): «[...] il est également nécessaire de prévenir l'introduction des lois anglaises à ce sujet [...] et [des] autres doctrines compliquées relatives à la propriété immobilière qui sont tellement remplies de subtilités, de complications et de variétés, que leur introduction dans cette province plongerait les habitants, sans en excepter les avocats anglais, dans un labyrinthe inextricable.»

42. P. LAWSON, *op. cit.*, note 25, p. 82-83.

43. *An Act for making more effectual provision for the government of the Province of Quebec in North America* (ci-après *Acte de Québec*), 1774 (R.-U.), 14 Geo. III, c. 83; traduction dans *D.C. I*, p. 552; L.R.C. (1985), App. II, n° 2.

Aux termes de l'article 12 de l'*Acte de Québec*, il n'est pas opportun de convoquer une assemblée élue dans la Province. Par conséquent, un conseil législatif dont les membres sont nommés par la couronne est habilité à édicter des ordonnances. L'article 13 lui interdit d'imposer des taxes ou des impôts, sauf pour la construction de routes et d'édifices publics ou d'autres projets semblables. Les ordonnances qui concernent la religion ou qui imposent une peine de plus de trois mois de prison doivent être approuvées par le roi (art. 15), qui dispose d'un droit de désaveu sur toutes les ordonnances (art. 14). En 1775, une loi impériale impose une taxe destinée à défrayer les dépenses de l'administration provinciale (*An Act to establish a fund towards further defraying the charges of the Administration of Justice, and support of the Civil Government within the Province of Quebec in America*, 1774 (R.-U.), 14 Geo. III, c. 88, modifiée par *An Act for amending and explaining an Act passed in the 14th year of H.M. Reign intituled «An Act to establish a fund towards further defraying the charges of the Administration of Justice, and support of the Civil government within the Province of Quebec in America»*, 1775 (R.-U.), 15 Geo. III, c. 40). Il faut attendre 1791 pour que l'*Acte constitutionnel* crée une législature qui comprenne une Chambre élue et ait le pouvoir d'imposer des taxes (*An Act to Repeal certain parts of An Act, passed in the fourteenth year of His Majesty's reign, intituled «An Act form making more effectual provision for the government of the Province of Quebec in North America», and to make further provision for the Government of the said Province*, 1791 (R.-U.), 31 Geo. III, c. 31).

fonction publique de prêter un serment de fidélité au roi de Grande-Bretagne sans abjurer leur religion. Aux termes de l'article 8, les tribunaux doivent appliquer les règles antérieures à la Conquête à tous les litiges concernant «la propriété et les droits civils». L'article 9 permet au roi de concéder des terres en franc et commun socage, une tenure de droit anglais équivalant à la pleine propriété⁴⁴. Enfin, l'article 10 introduit la liberté testamentaire et déclare que les testaments peuvent être faits conformément aux règles du droit anglais.

L'article 4 abroge les parties de la *Proclamation royale* concernant la Province de Québec ainsi que les ordonnances prises sous son empire; le

passage qui concerne les autochtones demeure cependant en vigueur⁴⁵. Les ordonnances prises entre 1764 et l'entrée en vigueur de l'*Acte de Québec* n'ont donc pas pu exercer une influence durable en droit québécois⁴⁶. Il faut plutôt examiner celles qui ont été édictées par la suite, car elles constituent le point de départ de la législation québécoise postérieure à la Conquête⁴⁷. Par ailleurs, à l'exception du droit pénal⁴⁸, l'*Acte de Québec* ne s'intéresse pas aux règles générales du droit public. La jurisprudence a toutefois conclu que celui-ci provenait du droit anglais, puisque le droit antérieur à la Conquête ne s'applique qu'aux affaires concernant la «propriété et les droits civils»⁴⁹.

44. Voir John E.C. BRIERLEY, «The Co-existence of Legal Systems in Quebec: "Free and Common Socage" in Canada's "pays de droit civil"», (1979) 20 *C. de D.* 277.
45. Voir les arrêts cités dans *Côté c. La Reine*, [1993] R.J.Q. 1350, 1362 (C.A.; ce point n'a pas été discuté en Cour suprême, *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139); M. MORIN, *op. cit.*, note 3, p. 146.
46. *Contra*: George VLAVIANOS, «Specific Performance in the Civil Law : mediating Between Inconsistent Principles Inherited from a Roman-Canonical Tradition via the French *Astreinte* and the Quebec Injunction», (1993) 24 *R.G.D.* 515, 540. Sur l'histoire de la procédure civile, il faut lire Jean-Maurice BRISSON, *La formation d'un droit mixte: l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Les éditions Thémis, 1986.
47. Voir *Ordonnances édictées pour la province de Québec par le gouverneur et le conseil de celle-ci, de 1768 à 1791, formant la suite aux ordonnances publiées dans l'appendice «E» du rapport des Archives publiques pour 1913*, dans Arthur G. DOUGHTY (éd.), *Rapport concernant les Travaux des Archives publiques pour les années 1914 et 1915*, Ottawa, J. de L. Taché, Imprimeur du roi, 1917, Appendice C.
48. En droit pénal, l'article 11 de l'*Acte de Québec* prévoit expressément que les règles du droit anglais demeurent en vigueur. Il déclare que «les habitants se sont rendus compte de la fermeté et de la douceur ainsi que des bienfaits et des avantages» de ces règles. Cette affirmation est critiquée par A. MOREL, *loc. cit.*, note 17.
49. *Laurentides Motel Ltd c. Beauport (Ville de)*, [1989] 1 R.C.S. 705, 721-722 (opinion majoritaire du juge Beetz), 737-738 (la juge L'Heureux-Dubé); *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 83; *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, par. 83 (le désaccord entre l'opinion majoritaire et celle de la juge L'Heureux-Dubé ne porte pas sur ce point). L'*Acte de Québec* exclut l'application des règles du droit anglais définissant la compétence des tribunaux en droit privé, par exemple la compétence *parens patriae*:

Conclusion

Les pages qui précèdent ne rendent pas justice à la période tourmentée qui va de la Conquête à l'adoption de l'Acte de Québec. Elles visent simplement à donner quelques points de repères au juriste qui

s'intéresse à ces questions, afin de le mettre en garde contre les conclusions hâtives. Une vaste documentation est à sa disposition, ainsi que plusieurs études éclairantes. Il ne lui reste plus qu'à se mettre à la tâche afin de tirer parti de ces ressources.

W. (V.) c. S. (D.), [1996] 2 R.C.S. 108, 145-145, par. 59. Certaines questions connexes aux prérogatives de la couronne sont également régies par le droit français (M. MORIN, *loc. cit.*, note 28, p. 856). En revanche, l'Acte de Québec ne fait pas obstacle à la règle de common law portant que le souverain ne peut être poursuivi devant ses propres tribunaux: *The King c. Central Railway Signal Co. Inc.*, [1933] R.C.S. 555, 565-568.