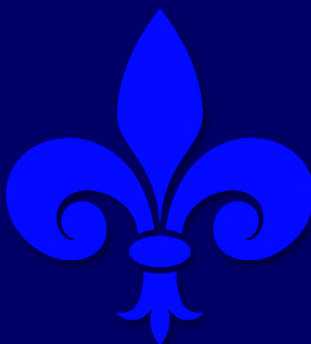


M^e Christian NÉRON

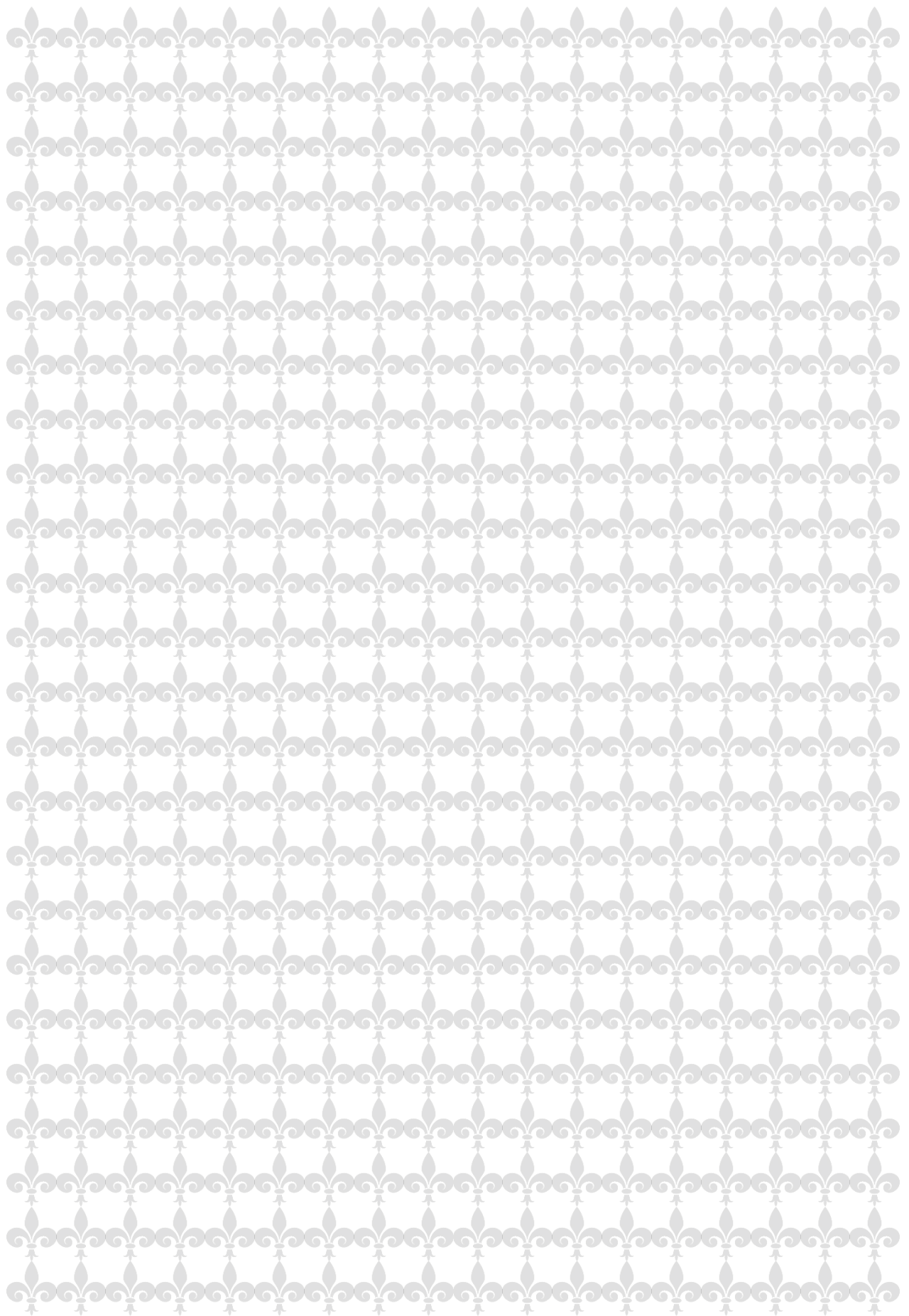
L'Acte de Québec
de 1774



Une reconnaissance de la continuité du droit

Histoire du droit constitutionnel

Fondation littéraire Fleur de Lys



L'Acte de Québec de 1774



Une reconnaissance de la continuité du droit

M^e Christian NÉRON

L'Acte de Québec de 1774



Une reconnaissance de la continuité du droit

Histoire du droit constitutionnel

Fondation littéraire Fleur de Lys



Christian Néron
L'Acte de Québec de 1774
Une reconnaissance de la continuité du droit
Histoire du droit constitutionnel,
Fondation littéraire Fleur de Lys,
Lévis, Québec, 2024, 206 pages.

Édité par la Fondation littéraire Fleur de Lys, organisme sans but lucratif,
pionnier québécois de l'édition en ligne
avec impression papier et numérique à la demande.

Adresse électronique : contact@manuscritdepot.com

Sites Internet : <https://manuscritdepot.com/> ET <https://livrequébec.com/>



Tous droits réservés. Toute reproduction de ce livre, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit, est interdite sans l'autorisation écrite de l'auteur. Tous droits de traduction et d'adaptation, en totalité ou en partie, réservés pour tous les pays. La reproduction d'un extrait quelconque de ce livre, par quelque moyen que ce soit, tant électronique que mécanique, et en particulier par photocopie et par microfilm, est interdite sans l'autorisation écrite de l'auteur.

Disponible gratuitement en version numérique PDF et ePUB

ISBN 978-2-89612-644-6

© Copyright 2024 Christian Néron

Citations en début de chapitre : Vitoria, juriste et théologien de Salamanque, au milieu du XVI^{ème} siècle.

Illustration Fleur de Lys: Image par [Clker-Free-Vector-Images](#) de [Pixabay](#)

Dépôt légal – 1^{er} trimestre 2024

Bibliothèque et archives nationales du Québec
Bibliothèque et archives Canada

Imprimé à la demande en format numérique au Québec.

Remerciements

*La Bibliothèque Jean-Charles Bonenfant de l'Université Laval
où l'auteur a trouvé tous les ouvrages utiles à ses recherches.*

Pierre Rousseau, libraire, pour tout son support technique.

*François Morin, libraire et linguiste,
pour la relecture de mes textes.*

À cela, je ne vois rien de mal pourvu que ce puissant tribunal n'écrase pas dans sa marche les choses que l'on s'engage solennellement à respecter et à maintenir pour toujours dans leur intégrité.

Joseph Cauchon, 2 mars 1865.

La nation est un état de fait, une réalité objective, une parenté spirituelle, un produit de l'histoire et, ultimement, une communauté de conscience qui a pris conscience de former une unité sociale et politique à la poursuite du bien commun.

Joseph-Thomas Delos (Joseph-Louis Delos).

SOMMAIRE

CHAPITRE 1

La première constitution du Canada	17
✠ Avril 1663	17
✠ Colbert, un produit de l'esprit classique du XVII ^e siècle.....	18
✠ Le début d'un grand règne	20
✠ Un grand serviteur de l'État	22
✠ Une ère de réformes	23
✠ La volonté de rationaliser le droit	25
✠ L'unicité du droit en Nouvelle-France.....	26
✠ L'unicité linguistique	28
✠ L'esprit classique: un fait social et culturel	30

CHAPITRE 2

La genèse d'un climat révolutionnaire.....	33
✠ Un jeune roi aux tendances autoritaires	34
✠ Ne faudrait-il pas partager les charges de ce nouvel Empire ?	36
✠ Impérialisme et dévoiement de l'ordre de droit au Canada	38
✠ Des juges de paix à moitié civilisés	40
✠ Des conduites outrageantes érigées en système	42
✠ L'enseignement du droit au Canada.....	44

✦ Un système façonné pour des immigrants qui ne viendront pas.....	46
✦ Le plus haut magistrat de l'Angleterre en est alarmé.....	48
✦ Une première tentative de correction	51
✦ Les Canadiens devront prendre leur mal en patience	51

CHAPITRE 3

La genèse d'une histoire parlementaire	55
✦ Qui trop embrasse mal étreint	57
✦ Le lointain pays des arpens de neige.....	59
✦ Lord Mansfield sonne l'alarme	60
✦ D'autres années d'étude et de réflexion	63

CHAPITRE 4

Les lords s'octroient un ultime sursis.....	67
✦ Juin 1771	67
✦ Le rapport de Wedderburn, solliciteur général	68
✦ Le rapport de Thurlow, procureur général	69
✦ L'adoption de l'Acte de Québec à nouveau retardée	73
✦ La constitution du Canada enfin à l'ordre du jour	74

CHAPITRE 5

La rédaction du projet de constitution.....	77
✦ Janvier 1774	77
✦ La version finale du projet	81
✦ Une rédaction en formules expresses et insistantes	82
✦ Une expression nouvelle dans le vocabulaire du droit.....	85

CHAPITRE 6

Les principaux arguments des députés de l'opposition	89
✿ Le député John Glynn	90
✿ Le député John Dunning	95
✿ Un Écossais qui en mène trop large	97
✿ Le député Edmund Burke	102
✿ Une dictature militaire à la française	104
✿ Des dangers pour la vie, la sécurité, la liberté et la propriété	105
✿ L'excellence et la gloire des lois de l'Angleterre	106

CHAPITRE 7

L'autorité des lois et coutumes du Canada	113
✿ Les prérogatives de la Couronne: celles de la France ou de l'Angleterre?... ..	114
✿ La question des lettres de cachet devant le Parlement	116
✿ Le pouvoir contraignant des lois et coutumes du Canada.....	118

CHAPITRE 8

Le sens authentique des mots.....	123
✿ L'expression 'civil rights'	126
✿ Dominer est un instinct naturel difficile à réprimer	128
✿ Their property, possessions... and all other their civil rights	130

CHAPITRE 9

La langue officielle du Québec en 1774	137
✿ L'histoire du français langue commune en Angleterre	139
✿ La langue patrimoniale de la monarchie	141
✿ Les rapports entre la langue et le droit	142

✿ La langue judiciaire.....	142
✿ Un rebondissement linguistique signé Gutenberg	144
✿ La langue officielle du Canada en 1774.....	148
« La langue de nos ancêtres ».....	149
✿ Le mépris du français et de ceux qui le parlent.....	151

CHAPITRE 10

Les Anglo-protestants imposent leur dynamique.....	155
✿ Des loyalistes convoitent nos plus riches territoires	156
✿ L'Acte constitutionnel de 1791	156
✿ Les « Property and Civil Rights » sont reconduits.....	157
✿ La première session du Parlement	160
✿ La langue officielle du Canada en 1791.....	160
✿ Le coup d'envoi de la guerre des races	162
✿ Un parlementaire au cachot pendant plus d'un an	165

CHAPITRE 11

La Cour suprême: une cour de sûreté de l'État.....	169
✿ Le principe d'asymétrie dans l'interprétation de la Confédération..	170
✿ Une force qui dévoie la sacralité de la justice.....	171
✿ Toute autorité est limitée et soumise à la loi.....	173
✿ Une garantie publique et solennelle	174

CHAPITRE 12

D'échec en échec, la nation se délite	179
✿ L'idée d'un pays libre et démocratique.....	180
✿ La Grande Coalition de 1864	181

❖ La presse tenue dans une ignorance totale	185
❖ L'impérialisme juridique de la Cour suprême	188

* * *

Au sujet de l'auteur	197
Communiquer avec l'auteur.....	199

* * *

Édition écologique	201
Achevé d'imprimer	203
Quatrième de couverture.....	206



CHAPITRE 1

La première constitution du Canada

L'esprit d'un peuple est intemporel.

Le présent ouvrage porte sur l'Acte de Québec, loi du Parlement de Westminster sanctionnée le 22 juin 1774. Cette loi a une valeur capitale dans l'histoire constitutionnelle du Québec et du Canada. Encore aujourd'hui, ses dispositions portant sur « la propriété et les droits civils » sont de la plus haute importance et se retrouvent à l'article 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

L'Acte de Québec est historiquement important parce qu'il résulte de la volonté du gouvernement britannique des années 1764 à 1774 de reconnaître notre ordre de droit originel, c'est-à-dire l'ensemble des lois et coutumes qui étaient en vigueur au Canada lors de la cession de notre pays à l'Angleterre.

Compte tenu qu'il est rarement question de cet ordre de droit dans nos livres d'histoire et jamais dans nos livres de droit, il serait sans doute utile de rappeler au lecteur les grandes lignes de l'origine, du contenu et des buts du système qui a formé la charpente de cette première constitution qui a si bien réglé la vie juridique des Canadiens sous le Régime français. Alors examinons.



Avril 1663

L'adoption de l'Édit de création du Conseil souverain, en avril 1663, a été l'acte fondateur de notre existence en tant que société civile et politique en Amérique du Nord. Essentiellement,

cet édit créait un Conseil souverain pour la Nouvelle-France, conseil qui devait exercer des pouvoirs administratifs, législatifs et judiciaires pour l'ensemble de la colonie.

Sur le plan judiciaire, l'édit faisait du Conseil souverain le tribunal de dernière instance de la colonie et lui faisait obligation de rendre justice conformément aux seules lois et coutumes en vigueur dans le ressort du Parlement de Paris. En statuant de la sorte, Louis XIV réalisait d'un trait le premier de deux objectifs majeurs d'une réforme d'envergure de l'administration de la justice qu'il s'appropriait à lancer officiellement, c'est-à-dire de « réunir tout son royaume sous une seule et même loi ».

Cet objectif d'unification du droit constituait un précédent et un défi gigantesque à l'époque, compte tenu que, depuis le Moyen Âge, les coutumes féodales, les privilèges de classes, les divergences d'intérêts, avaient transformé cette infinie diversité en une myriade de systèmes juridiques complexes, systèmes difficiles à comprendre et à administrer, et profondément enracinés dans de vieilles et puissantes traditions locales¹. Cette diversité s'étendait aux sources et au contenu du droit, aux coutumes de droit privé, aux institutions judiciaires, au droit public encore fortement marqué par ses origines féodales. En conséquence, une telle diversité était la cause de bien des abus et de désordres dans le maintien d'un ordre de droit rationnel et cohérent: les justiciables ignoraient les lois qui s'appliquaient à leur situation; les juges, trop souvent incompetents ou corrompus, administraient la justice comme ils l'entendaient; les procès s'éternisaient au point de ruiner les justiciables; et les cours d'appel se trouvaient impuissantes à corriger tant d'abus, de désordres et d'injustices.

Colbert, un produit de l'esprit classique du XVII^e siècle

Louis XIV, dès le début de son règne, tout jeune souverain qu'il était, brûlait déjà d'impatience à l'idée de remettre de l'ordre dans son royaume, et d'ajouter le poids de son autorité à un plan de

¹ André Castaldo, *Introduction historique au droit*, Paris, Dalloz, 1999, p. 243.

réforme de la justice proposé par son ministre Colbert, plan ambitieux et audacieux qui consistait à « unifier » et à « rationaliser » tout le droit français. Tout au long du siècle précédent, de nombreux juristes français avait planché sur cette grande idée de réformer le droit.

Toutefois, si la tâche de rassembler et d'unir tous les justiciables sous une seule et même loi s'annonçait complexe dans le cas de la France, elle ne l'était nullement dans celui de la Nouvelle-France, pays neuf, peuplé de 2 300 colons, où tout était à construire, où le droit était embryonnaire et où l'administration de la justice était dispensée par un gouverneur qui avait toute la latitude pour se comporter, selon le cas, en despote ou en bon père de famille. L'unification du droit, dans une telle colonie, pouvait être réalisée un peu à la manière de l'architecte qui laisse libre cours à ses idées sur sa planche à dessins: c'est ce qui a été décidé en avril 1663 lorsque Louis XIV a décrété que le seul droit ayant force de loi en Nouvelle-France serait celui en vigueur dans le ressort du Parlement de Paris. Décision impossible en France, mais d'une extrême facilité en Nouvelle-France.

Le deuxième objectif de la réforme de l'administration de la justice menée par Colbert concernait la « rationalisation » du droit sous forme d'ordonnances de codification. Cette entreprise était tout à la fois audacieuse, gigantesque et sans précédent: elle consistait à synthétiser et à structurer tout le droit en vigueur dans le ressort du Parlement de Paris sous forme de codes. En moins de vingt ans, cinq codes seront ainsi confectionnés, puis mis en vigueur en Nouvelle-France au fur et à mesure qu'ils recevront la sanction du roi et le sceau du chancelier.

La réalisation de ces deux objectifs, à savoir l'unification et la codification du droit, donnera des résultats immédiats, substantiels et durables en Nouvelle-France, alors qu'en France, le poids de l'histoire, la diversité des coutumes, la résistance des classes privilégiées, empêcheront les Français de profiter des bienfaits de telles réformes et de vivre en pleine égalité sous une seule et même loi. Il faudra toute la violence et les brutalités de la Révolution de 1789 pour y arriver ou, en tout cas, pour s'en rapprocher.

En Nouvelle-France, l'unification et la rationalisation du droit s'imposeront si spontanément et si naturellement que, pendant près de cent ans – et sans même s'en rendre compte – les Canadiens vont vivre et prospérer sous un ordre de droit à ce point précis et réglé qu'il est difficile d'en trouver l'équivalent nulle part ailleurs à l'époque. Il peut paraître présomptueux de mentionner cette étonnante réalisation sans risquer de glisser dans un forme de chauvinisme à l'anglaise, alors contentons-nous de constater que les Canadiens étaient, à cette époque, parmi les rares justiciables à pouvoir vivre en pleine égalité sous une seule et même loi, à jouir d'une administration de la justice gratuite, moderne, réglée par des codes de procédure écrits et à bénéficier d'une justice rendue par des juges professionnels et intègres tenus de prouver leurs compétences en droit. Ce système, si bien réglé, a commencé à être mis en vigueur en Nouvelle-France il y a 350 ans: s'en souvenir, c'est rendre hommage et exprimer une reconnaissance légitime à ces esprits classiques qui nous ont permis de franchir collectivement un pas immense dans l'ajustement de nos rapports sociaux, c'est-à-dire de passer de simple poste de traite à celui de société civile et politique en voie de croissance et d'expansion ordonnée.

Ceci dit, compte tenu que notre histoire et que nos historiens font si souvent preuve de timidité chaque fois qu'il est question des évènements et des personnes qui ont joué un rôle déterminant dans la confection et dans la mise en place de notre système d'administration de la justice, nous allons maintenant aborder ce passé, époque de notre histoire où des visionnaires et réformateurs ont mis en place les lois et les institutions qui ont contribué à la formation et à l'essor d'une société de langue française en Amérique du Nord faisant preuve d'une audace et d'une confiance en soi que leurs descendants ont peine à imaginer aujourd'hui.

Le début d'un grand règne

Le 9 mars 1661 est une date charnière dans l'histoire de la France et, indirectement, dans celle de la Nouvelle-France. Ce jour-là, le cardinal Mazarin vient de succomber à une crise d'urémie. Il a été

premier ministre et homme fort de la France depuis le décès de Louis XIII survenu en 1643. Quelque temps auparavant, sentant ses forces le quitter, Mazarin avait rédigé son testament, lequel comprenait une recommandation expresse à l'intention du jeune roi pour le gouvernement du royaume: « Je prie le roi de se servir de Colbert, étant un homme fort fidèle. »

Le lendemain du décès, quelques membres du Conseil d'État, inquiets pour la suite des choses, s'approchent timidement du jeune roi pour lui poser une question sur un sujet qui les trouble énormément: « À qui devons-nous désormais nous adresser ? » La réponse est brève et sans détour: « À moi ! » C'était le tout premier instant, la toute première journée d'un règne personnel qui allait se prolonger jusqu'en 1715. Né le 5 septembre 1638, Louis a 22 ans et 6 mois.

Le jeune roi n'avait jamais eu l'occasion de participer à l'exercice du pouvoir, mais il avait amplement eu le temps d'observer, d'écouter, de réfléchir et de préciser ses idées sur la monarchie et le gouvernement du royaume. En conséquence, il avait eu le temps d'arrêter les trois principes à la base de son gouvernement personnel: a) il devait agir personnellement et rien ne pouvait être décidé qu'en son nom; b) la haute noblesse devait être éloignée du pouvoir et, surtout, écartée des postes stratégiques du gouvernement; c) la fonction de premier ministre devait être abolie pour laisser place à un gouvernement personnel. Ces principes seront appliqués dès la constitution de son premier conseil, ou Conseil d'En-Haut: la reine-mère est prestement mise à la retraite; les princes de sang, les ducs, les pairs et les cardinaux, remerciés de leurs bons et loyaux services; les principaux commis de l'État, recrutés parmi la bourgeoisie, c'est-à-dire parmi des gens laborieux, disciplinés, loyaux et, surtout, que l'on pouvait virer sans avis ni remords lorsqu'ils n'étaient plus à la hauteur de ce qu'on attendait d'eux². Mazarin avait déjà eu des expériences heureuses en recrutant d'excellents serviteurs parmi ces gens-là. Il avait, entre autres, confié la gestion de sa fortune personnelle – l'une des plus

² Michel Antoine, « Colbert et la révolution de 1661 » dans Roland Mousnier, dir. *Un Nouveau Colbert*, Paris, C.D.U. – SEDES réunis, pages 104 et 105.

importantes de France – à un homme étonnamment dévoué et loyal, Jean-Baptiste Colbert³.

❖ *Un grand serviteur de l'État*⁴

Né en 1619, Colbert avait 42 ans en 1661. Il avait œuvré dans les coulisses du pouvoir depuis l'âge de 20 ans, et il s'était mérité une rare réputation d'efficacité et de loyauté. Dès 1648, Mazarin lui avait confié des mandats relatifs à la sécurité et à l'éducation du dauphin alors âgé de 10 ans. En mars 1661, Louis et Colbert se connaissaient donc depuis 13 ans. De plus, Mazarin n'avait jamais connu un conseiller à qui faire autant confiance. Or, le jeune roi, plein d'enthousiasme, brûlait à l'idée de briller, de se distinguer en dispensant la justice, de mettre de l'ordre dans le gouvernement du royaume, de réformer l'administration de la justice, de réformer la gestion des finances. Pour la poursuite d'un tel programme, il avait bien entendu besoin de l'homme le plus résolu du royaume.

C'est donc Colbert, qu'il connaissait déjà si bien, qui sera jugé l'homme de la situation, celui qui fournira la puissance de conception et d'exécution à tant de « beaux et grands desseins ». Et, de tous, le plus impressionnant, le plus ambitieux, le plus audacieux, le mieux planifié et plus achevé, sera la réforme de l'administration de la justice. Et c'est de cette réforme que naîtra la toute première constitution du Canada, constitution qui permettra aux Canadiens d'apprendre à vivre égaux sous une seule et même loi; loi qui sera quelques années plus tard clarifiée, précisée et structurée par l'adoption d'une législation d'un genre nouveau, c'est-à-dire par des ordonnances de codification.

³ Pierre Clément, *Lettres, instructions et mémoires de Colbert*, Paris, Imprimerie impériale, tome VI, 1982, réimpression 1979, p. III.

⁴ François d'Aubert, *Colbert: La vertu usurpée*, Paris, Perron, p.116-120.

Une ère de réformes

Cette réforme en profondeur de l'administration de la justice allait débiter officiellement en 1665 à l'occasion de la mise sur pieds d'un Conseil de justice, conseil dont les travaux allaient être présidés par Louis XIV en personne. L'idée de codifier les lois n'était pas nouvelle⁵, et Colbert avait déjà mis beaucoup de temps et d'énergie à s'y préparer. Dans une étude exploratoire qu'il avait menée de sa propre initiative, il avait noté qu'aucun roi de France, depuis les lointaines Capitulaires de Charlemagne, « n'avait travaillé de son propre mouvement à rédiger et à mettre en corps toutes les ordonnances du royaume ». Il avait aussi remarqué que deux siècles auparavant, Louis XI s'était penché brièvement sur la question, selon ce qu'en rapporte le chroniqueur Commines, à savoir « que le roy désiroit fort qu'en ce royaume on usast d'une coustume, d'un poids et d'une mesure, et que toutes ces coustumes fussent mises en un beau livre pour éviter la cautèle et la pillerie des advocats ». Plus récemment, au début du XVII^e siècle, Henri IV avait lui aussi songé à une réforme de la législation, mais son assassinat vint « divertir l'exécution de ce beau et grand dessein⁶ ».

Colbert, qui avait beaucoup réfléchi à ce « beau et grand dessein », et qui n'avait reculé devant aucun effort pour s'y préparer, ne ménageait pas non plus les éloges – ni même la flatterie – pour vaincre les résistances du jeune roi qui, d'ailleurs, ne cachait nullement son désir de dispenser à ses sujets une justice gratuite et irréprochable. Selon ce que rapporte Colbert à la fin de son étude exploratoire, seule l'absence d'un grand roi avait pu différer l'exécution d'un si beau et grand dessein:

« En sorte que ce grand travail a esté réservé en son entier à Louis XIV; mais il est nécessaire, pour le rendre digne de son application et proportionné au grand caractère de son esprit et aux grandes choses qu'il a desjà exécutées depuis le commencement de son règne, de

⁵ Jean-Marie Carbasse, *Introduction historique au droit*, Paris, P.U.F., 1999, p. 239 à 241.

⁶ P. Clément, *supra note 3*, p. VI.

rendre ce travail infiniment plus excellent et plus parfait que tout ce qui a esté pensé et fait jusqu'à présent par les rois ses prédécesseurs⁷. »

Dans un autre mémoire sur le sujet, Colbert ne laisse pas de fouetter les ardeurs et flatter l'amour-propre du roi face à son engagement dans ce beau et grand dessein:

« Si donc Vostre Majesté s'est proposé l'exécution de ce projet, il est certain que pour y parvenir il est nécessaire d'un grand concours, d'une grande chaleur, d'une grande application, d'une grande fermeté. Dieu, Sire, a donné à Vostre Majesté toutes ces qualités en un éminent degré; elle a fait desjà voir, depuis quatre ans qu'elle travaille, qu'il n'y avoit rien d'impossible pour elle; mais il faut avouer que tout ce qu'elle a fait jusqu'à présent n'est rien en comparaison de cette réforme de notre droit. Aussi aura-t-elle la satisfaction d'avoir exécuté ce qu'aucun prince n'avoit presque tenté auparavant, et quand mesme la chose seroit impossible, en faisant les efforts d'y parvenir, elle trouvera assurément tant de belles choses à faire qu'elle seroit dignement récompensée des soins qu'elle en auroit voulu prendre⁸. »

Par ailleurs, dans plusieurs lettres, procès-verbaux et mémoires portant sur le sujet, il est souvent fait référence à la codification de Justinien, empereur romain qui avait ordonné une refonte complète des ordonnances impériales adoptées depuis Hadrien, ainsi qu'une synthèse des principaux ouvrages du droit romain, et dont l'œuvre complète nous parviendra plus tard sous le nom de « *corpus juris civilis* ». Le projet de codifier le droit français était donc une entreprise de grande envergure. Heureusement, l'énergie et la détermination de Colbert et de Louis XIV permettront de le mener à terme en moins de vingt ans⁹. Il en résultera une série d'ordonnances dites « de codification du fait de justice », ordonnances qui seront mises en vigueur en Nouvelle-France au fur et à mesure qu'elles recevront la sanction du roi et le sceau du chancelier du royaume.

⁷ *Ibid.*, p. VI.

⁸ *Ibid.*, p. IX.

⁹ Jean-Louis Thireau, *Introduction historique au droit*, Paris, Flammarion, 2001, p. 258 et 259.

❖ *La volonté de rationaliser le droit*¹⁰

D'une certaine façon, cette réforme de l'administration de la justice ira bien plus loin que celle de Justinien, compte tenu que ces ordonnances vont constituer des ouvrages de synthèse, une véritable percée dans la systématisation et la mise en ordre du droit, défi gigantesque qui n'avait jamais été tenté auparavant. Organisées à l'image d'une charpente géométrique, des parties importantes du droit français seront ainsi ordonnées, classées, divisées en livres, en titres, en chapitres et en articles. Les règles de droit seront réduites en principes abstraits rédigés sous forme d'articles courts, clairs, précis. Pénétré de l'idée de ce temps où tout devait être ordonné, réglé et équilibré, Colbert en supervisera jusqu'à la rédaction, se permettant même des recommandations sur la façon précise de les rédiger: « *Otez ces termes: 's'il se peut', 's'il est possible', 'autant qu'il se pourra'. Le Roy, dans les règlements qu'il fait, doit parler absolument... Appliquez-vous à la diction, à la rendre correcte, intelligible pour tous les termes, à n'en point mettre d'inutiles, à retrancher le superflu, les répétitions*¹¹. »

Des expressions comme « *Appliquez-vous !* » ou « *Mettez-y de l'ordre !* » reviennent d'ailleurs constamment dans les lettres et les notes de Colbert à ses collaborateurs. Pour comprendre ce besoin obsessionnel de précision, de rigueur et de perfection, il faut replacer Colbert dans le contexte social et culturel de son temps où l'esprit dit classique domine partout, quoique l'adjectif « classique » n'apparaîtra dans la littérature qu'un siècle plus tard.

Il n'y a donc pas que les Lafontaine, les Pascal, les Bossuet, les Molière et les Racine qui soient des classiques à l'époque. Comme bien d'autres, et sans même s'en rendre compte, Colbert est lui aussi habité par un pressant besoin d'ordre, de rationalité, de respect des anciens et de l'Antiquité, c'est-à-dire de la tradition et

¹⁰ Inès Murat, *Colbert*, Paris, Fayard, 1980, p. 142 et 143.

¹¹ P. Clément, *supra note 3*, tome II, p. 385.

de la vérité historique¹². Cette recherche de rigueur et de perfection donnera des résultats impressionnants dans cette grande œuvre de rationalisation du droit: les ordonnances de codification, réalisées entre 1665 et 1681, seront, à leur façon, des chefs-d'œuvre de l'esprit du Grand Siècle. Pour la première fois, la loi sera claire, précise, ordonnée et, surtout, certaine et la même pour tout le monde. Le chemin étant enfin tracé quant à la façon de structurer et de rédiger la loi, il ne pourra plus y avoir de retour en arrière: la loi aura enfin pris une voie moderne; moderne pour la France, mais moderne aussi pour l'Europe entière qui finira par adopter cette façon méthodique de structurer et de rédiger la loi.

Cette collaboration fructueuse entre le roi et son ministre sur le « fait de justice » va donc permettre de mener à terme l'adoption de cinq grandes ordonnances de codification. Il s'agit de: a) l'ordonnance sur la procédure civile de 1667; b) l'ordonnance portant sur le règlement général des Eaux et Forêts de 1669; c) l'ordonnance sur la procédure criminelle de 1670; d) l'ordonnance sur le commerce de 1673, souvent appelé code marchand; et e) l'ordonnance sur le commerce des mers ou sur la marine de 1681¹³. Ces ordonnances demeureront en vigueur pendant presque tout le XVIII^e siècle, jusqu'à la Révolution, puis seront réformées pour devenir des codes de lois tels que nous les connaissons aujourd'hui.

L'unicité du droit en Nouvelle-France

Pour ce qui est de la Nouvelle-France, compte tenu que ces ordonnances étaient des synthèses du droit existant, compte tenu aussi que l'*Édit de création du Conseil souverain* prescrivait à ce conseil de rendre justice conformément aux seules lois en vigueur dans le ressort du Parlement de Paris, ces ordonnances deviendront

¹² Klaus Malettke, « Colbert – homme de génie, homme de système, théoricien », *supra note 2*, p. 26 et 27; Julien Bonnecase, *Science du droit et Romantisme*, Paris, Recueil Sirey, 1928, p. 13, 16 à 20.

¹³ Marguerite Boulet-Sautel, *supra note 2*, p. 119; Brigitte Basdevant – Gaudemet et Jean Gaudemet, *Introduction historique au droit; XIII^e–XX^e siècles*, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 107.

en vigueur dans la colonie dès que les signes de validation y seront apposés, dont la sanction du roi et le sceau du chancelier. Il n'y a que l'ordonnance sur la procédure civile qui sera formellement enregistrée ici à Québec, possiblement parce que le Conseil souverain avait demandé au roi d'y faire quelques modifications pour tenir compte de la situation de la colonie. Quant à la qualité et à la renommée de nos codes, on peut souligner que, pendant toute la seconde moitié du XVIII^e siècle, les juges en chef de l'Angleterre – les lords Mansfield et Tenderden – s'en inspireront régulièrement pour réformer les coutumes commerciales anglaises. Pour ce qui est de notre code de commerce maritime, il sera généralement reconnu comme un code de droit universel par toutes les nations maritimes d'Europe. Ironiquement, les marchands britanniques immigrés au Canada se plaindront, eux, que notre droit commercial était arriéré... et qu'il devait être remplacé !

Au niveau du droit substantif, c'est la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris qui deviendra la base de notre droit coutumier à partir de 1663. Pour éviter toute ambiguïté, et pour s'assurer que les Canadiens vivront sous une seule et même loi, un autre édit royal sera adopté au mois de mai de l'année suivante pour écarter tout doute en confirmant que seule la Coutume de Paris devait avoir cours dans la colonie de manière à établir les bases d'une « jurisprudence fixe et certaine ».

La Coutume de Paris n'avait pas été l'objet d'une codification formelle comme les autres ordonnances mises en vigueur dans la colonie, mais depuis plus d'un siècle, elle avait été l'objet de nombreuses réorganisations sur la base d'initiatives privées de la part de juristes travaillant isolément ou de concert. De sorte que la Coutume de Paris, lorsqu'elle est devenue la base de notre droit commun en 1663, avait déjà été structurée et synthétisée sous forme de livres, de titres, de chapitres, et d'articles réduisant les règles de droit en principes abstraits, rédigés de façon claire, succincte et cohérente.

Dans l'ensemble, lorsque l'on considère les deux objectifs de la réforme de l'administration de la justice lancée par Colbert, à savoir l'uniformisation et la rationalisation du droit, on peut dire que les résultats ont été particulièrement remarquables dans le cas de la Nouvelle-France. En France, toutefois, une résistance naturelle au changement, le poids du passé, la force des traditions, les vestiges de la féodalité, l'opposition opiniâtre de certaines classes privilégiées, vont sérieusement freiner cette marche difficile, mais pourtant nécessaire, vers l'uniformité et la rationalité du droit. Il faudra la Révolution de 1789, avec ses bouleversements politiques, l'abolition des privilèges et l'exécution des privilégiés, le chaos et la terreur, l'adoption d'une nouvelle constitution et de nouvelles lois, pour que les Français puissent, pour la première fois, s'habituer à vivre en pleine égalité sous une seule et même loi.

L'unicité linguistique

Pour Colbert, toutefois, la seule « unification » du droit pouvait être compromise sans son support obligé: « la langue », c'est-à-dire la langue du roi, la langue dans laquelle étaient obligatoirement rédigées toutes les lois du roi depuis 1539, année de l'adoption de *l'Ordonnance de Villers-Cotterêts*¹⁴. Et cette ordonnance, enregistrée dans le ressort du Parlement de Paris, allait devenir en vigueur dans toutes les colonies de la France en Amérique du Nord, et ce, par le seul effet de l'enregistrement de *l'Édit de création du Conseil souverain* à Québec en septembre 1663.

Cette première ordonnance de notre histoire, qui précède de plus de trois siècles la Charte de la langue française, prescrit que toutes les lois, les ordonnances, les actes judiciaires, les actes officiels, et les actes rédigés par devant notaires, devront obligatoirement être rédigés dans le « langage maternel françois, et non autrement », et ce, sous peine de nullité absolue¹⁵.

¹⁴ Brigitte Basdevant – Gaudemet et Jean Gaudemet, *supra note 13*, page 302.

¹⁵ Agnès Blanc, *La langue du roi est le français. Essai sur la construction juridique d'un principe d'unité de la langue dans l'État royal*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 259.

Donc, une deuxième caractéristique de l'État souverain et national, « l'unicité linguistique » comme fait social et politique, s'ajoute à « l'unicité juridique¹⁶ ». Bien entendu, le XVII^e n'était nullement familier avec l'idée de nation, et Colbert ne visait l'unicité de langue et l'unicité de lois que pour des raisons d'efficacité administrative et de stabilité politique. Pour lui, une « langue », une « loi », un « roi » étaient essentiels au succès de ses grandes réformes, parce que cette unicité, en érodant la diversité, était seule capable de garantir la liberté dans l'ordre et la prospérité économique dans le royaume.

Ainsi, l'*Édit de création du Conseil souverain*, en posant comme principe fondamental de l'État l'unicité de langue et l'unicité de lois, a provoqué une forme d'accélération sociale en projetant la colonie en avant de son temps, et en posant imperceptiblement les bases d'une société civile et politique naturellement égalitaire. Sans s'en rendre compte, à leur insu, sans l'avoir voulu ni recherché, les Canadiens vont croître et se développer dans le cadre d'un milieu de vie, d'une solidarité sociale et d'une parenté spirituelle que l'on appelle aujourd'hui la nation. Fait exceptionnel et original pour l'époque, l'unicité de langue, l'unicité de droit, et l'usage de méthodes modernes d'administration publique vont favoriser l'émergence d'une fraternité civile où s'imposera une forme nouvelle de citoyenneté où prime l'égalité de chacun devant la loi.

Bref, les Canadiens vont ainsi vivre sous une administration moderne, dirigée non plus par des officiers exerçant des charges héréditaires ou obtenues par vénalité, mais par des fonctionnaires d'un type nouveau, embauchés pour leurs compétences et leur probité, fonctionnaires relevant directement de l'administration centrale et pouvant être révoqués sans délai pour manquements à leurs devoirs¹⁷.

¹⁶ *Ibid.*, p. 32, 33, 364 et 370.

¹⁷ Michel Antoine, *supra note 2*, p. 108.

❖ *L'esprit classique: un fait social et culturel*

La première constitution du Canada est donc un pur produit de cette époque, époque que l'on appelle aujourd'hui classique. Les règles du classicisme n'étaient nullement circonscrites au domaine des arts et des lettres. Les juristes et les commis de l'État étaient eux aussi des classiques, des gens épris d'ordre et de rationalité, naturellement respectueux des anciens et de l'Antiquité¹⁸.

On peut ainsi affirmer que Louis XIV, homme de son temps, était un classique; Colbert en était un parangon, le type accompli de cet esprit; les juristes, intendants, commis et techniciens qui travaillaient sous son autorité étaient eux aussi imprégnés de cet esprit du temps¹⁹. Paris était alors le centre par excellence du monde classique. La période de 1660 à 1680 a été la plus emblématique et la plus productive de cette disposition d'esprit. C'est au cours de cette période qu'une société civile et politique a pris son essor au Canada.

À titre d'illustration, en 1661, année du début du règne de Louis XIV, le roi avait 22 ans, Colbert 42, La Fontaine 40, Molière 39, Pascal 39, Madame de Sévigné 36, Bossuet 35, Madame de La Fayette 27, Boileau 25 et Racine 22. Tous vivaient à Paris, pas bien loin les uns des autres, et pouvaient se croiser à n'importe quel moment au hasard des sorties et des rencontres. Il y avait là toute une génération d'écrivains qui représentait la maturité achevée de la langue française et qui avait assimilé l'idée maîtresse du temps, à savoir qu'il existait, en toutes choses, une règle externe et certaine à laquelle il y avait lieu de se soumettre sous peine de donner prise au désordre et à l'anarchie. Ces gens-là étaient véritablement obsédés par l'idée de se donner des règles et de s'y conformer. Bien entendu, tout le monde n'était pas artiste, créateur, auteur et génial, mais l'esprit classique était partout dans l'air du temps: le besoin d'ordre,

¹⁸ Julien Bonnecase, *supra* note 12, p. 13.

¹⁹ Jean Meyer, Louis XIV et Colbert: Les relations entre un roi et un ministre au XVII^e siècle, *supra* note 2, p. 74-75.

le culte de la raison et le respect des anciens atteignaient, à des degrés divers, tous les esprits²⁰.

Dans ce contexte, la première constitution du Canada ne sera pas uniquement un produit passager de l'esprit classique: elle marquera la mentalité des Canadiens, leur culture profonde, leur façon de voir, de comprendre, d'agir et, généralement, de concevoir le droit et les rapports sociaux. Nés dans le siècle des classiques, les Canadiens seront et resterons eux-mêmes des classiques sans jamais s'en rendre compte. Et il n'y a là rien de surprenant ! En Nouvelle-Angleterre, par exemple, les Pères Pèlerins sont arrivés, eux, imprégnés de l'esprit puritain, et cet état d'esprit des origines s'est maintenu, s'est répandu et a marqué toute la culture américaine au cours des siècles. Chacun le sait, les Américains ont toujours été et sont encore marqués par la pensée, les valeurs, les préjugés, les réflexes et les choix propres à cet état d'esprit des origines. Leur conception de la loi, du droit et de la justice en est profondément imprégnée.

Le même phénomène d'imprégnation des origines s'est produit chez nous. C'était même inévitable ! L'état d'esprit qui a marqué l'imaginaire et la culture d'origine des Canadiens a résisté, s'est répandu et s'est transmis au passage des générations. Ce type de phénomène se manifeste partout où le noyau des origines a été relativement petit, compact et uniforme. L'esprit classique des Canadiens s'est tout naturellement propagé avec l'essor de leur démographie. Il s'est répandu et consolidé au XVIII^e siècle, il s'est définitivement cristallisé au XIX^e siècle et, tel une deuxième nature, il conditionne encore aujourd'hui leurs réflexes culturels, leur façon de penser et d'agir, leur système de valeurs, leur conception de la loi, du droit et de la justice, bref, toute leur manière d'être et de vivre dans cette société civile et politique qui les distingue en Amérique du Nord et qui leur vaut parfois tant de critiques et de mépris. Il n'est pas toujours facile d'affirmer son identité et ses valeurs dans cette partie du monde où le modèle anglo-saxon semble être le seul à mériter le sceau de la civilisation !

²⁰ Jean Meyer, *supra note 2*, p. 78

Quiconque veut interpréter notre histoire, étudier nos réussites et nos échecs, comprendre les particularités de notre système de valeurs, pourra observer un peu partout les ressorts d'un peuple intimement marqué par les lignes de force qui habitaient et guidaient les esprits entre 1660 et 1680: l'ordre, la rationalité, le respect de la tradition et des anciens. En 1763, cette manière de vivre et d'exister avait été remise en question par ceux qui s'étaient attaqués à l'ordre de droit sous lequel les Canadiens avaient vécu et prospéré jusque-là. Alors poursuivons avec « La genèse d'un climat révolutionnaire ».



CHAPITRE 2

La genèse d'un climat révolutionnaire

La liberté, c'est le droit de disposer de soi.

Avec la fin de la guerre de Sept Ans, et malgré la ratification du traité de Paris du 10 février 1763, l'Angleterre constate avec étonnement que la paix et la tranquillité ne sont pas au rendez-vous. En Europe, isolée politiquement, elle a perdu la sécurité de son système d'alliances. En France, le ministre Choiseul s'affaire déjà à reconstituer sa flotte de guerre en vue de préparer sa revanche²¹. À Londres, le climat social et politique est plus effervescent que jamais²². Les classes moyennes, plus revendicatrices, plus politisées, de mieux en mieux informées, s'indignent bruyamment du monopole gouvernemental exercé par l'aristocratie, et de la dictature parlementaire des Tories²³.

Dans les colonies, les Américains, débarrassés de la présence française, découvrent le bonheur de vivre libérés de toute forme de menace ou de danger. Leur personnalité politique prend promptement une assurance et une énergie qu'on ne leur connaissait pas jusque-là²⁴.

²¹ Robert W. Tucker and David C. Hendrickson, *The Fall of the First British Empire. Origins of the War of Independence*, Baltimore and London, The Johns Hopkins University Press, 1982, pp. 43-50; Linda Colley, *Britons: Forging the Nation 1707-1837*, New Haven and London, Yale University Press, 1992, p. 101.

²² Colley, *ibid.*, pp. 105 et 108.

²³ *Ibid.*, pp. 110, 112 et 133. Voir également Charles M. Andrews, *The Colonial Background of the American Revolution. Four Essays in American Colonial History*, 15th printing, New Haven and London, Yale University Press, 1967, pp. 192-195; Sir William Holdsworth, *A History of England Law*, 2nd ed., vol. X, London, Methwen & Co. And Sweet and Maxwell, 1937, pp. 101-102.

²⁴ Linda Colley, *supra note 21*, p. 125.

Deux forces, hier intimement liées, vont progressivement se dresser l'une contre l'autre et s'affronter sur des enjeux constitutionnels cruciaux pour, finalement, s'engager dans une guerre civile qui se terminera par le traité de Versailles de 1783²⁵. C'est au milieu de ce climat révolutionnaire que naît l'Acte de Québec, ratifié par Sa Majesté britannique le 22 juin 1774.

✦ *Un jeune roi aux tendances autoritaires*

Georges III, le premier de la dynastie des Hanovre à naître et à être éduqué en Angleterre, monte sur le trône le 26 octobre 1760. À vingt-deux ans, il se voit propulsé à la tête d'un empire en pleine expansion. Contrairement à ses prédécesseurs qui avaient pris l'habitude de délaisser la gouvernance aux mains de leurs ministres Whigs, ce jeune roi manifeste l'intention de gouverner personnellement²⁶. Résolu à atteindre ses fins en s'entourant de conseillers recrutés de plus en plus parmi les Tories, il réussit à soulever contre lui beaucoup d'agacement et de mécontentement chez les Whigs, et ce, tant dans les colonies qu'en Angleterre²⁷.

Pourtant, en ces temps où son empire se consolide, l'Angleterre a plus que jamais besoin d'être gouvernée par un homme d'État, ce que, manifestement, Georges III n'est pas²⁸. Porté à l'entêtement, peu instruit, immature, doué d'un discernement²⁹ médiocre, il a peine à comprendre que le royaume, hier encore aristocratique et féodal³⁰, soit devenu une puissance impériale moderne tenue d'assumer des responsabilités considérables, à la fois plus compliquées et plus complexes que jamais³¹.

En Amérique, depuis le traité d'Utrecht de 1713, les colonies se sont beaucoup transformées. Plus peuplées, plus riches, mieux organisées,

²⁵ Sir William Holdsworth, *supra note 23*, p. 104, note 3, en bas de page.

²⁶ *Ibid.*, p. 98.

²⁷ *Ibid.*, p. 99.

²⁸ Charles M. Andrews, *supra note 23*, p. 185; Sir William Holdsworth, *supra note 23*, p. 98.

²⁹ Sir William Holdsworth, *supra note 23*, pp. 98-99.

³⁰ Charles M. Andrews, *supra note 23*, p. 187.

³¹ *Ibid.*, pp. 126-127.

elles se sont développées sans trop de contraintes, et ce, tout en privilégiant des valeurs nettement démocratiques et républicaines. Leurs assemblées populaires ont joué un rôle déterminant dans le développement de leurs lois et la transformation de leurs constitutions internes³². L'autorité du roi et, surtout, la suprématie du Parlement britannique sont alors considérées comme des notions abstraites et difficiles à concilier avec les exigences de la vie coloniale en Amérique du Nord³³.

Étrangement, le gouvernement métropolitain n'a jamais porté d'attention particulière ni consacré beaucoup de temps et d'énergie à clarifier les questions légales et constitutionnelles dans les rapports avec ses colonies. Il s'est plutôt limité à maintenir une politique coloniale fondée sur un mercantilisme traditionnel et sur l'établissement de bonnes relations d'affaires, et ce, tout en évitant de trop brusquer les sensibilités face aux divergences d'opinions sur les sources de l'autorité et du pouvoir dans les colonies. D'ailleurs, il n'existe à ce moment aucun précédent légal ou constitutionnel définissant la nature exacte de la dépendance coloniale à l'endroit du gouvernement métropolitain ou du Parlement³⁴. Les colons, vivant constamment dans l'inquiétude de l'expansion française, ont accepté de bonne grâce une douce dépendance à l'endroit d'une mère patrie qui leur garantissait un espace de paix et de prospérité, assumant leur protection contre les menaces extérieures et réprimant les troubles intérieurs. Et, cela va sans dire, aux seuls frais des contribuables anglais³⁵.

En 1763, les modifications majeures apportées à l'échiquier politique international, de même que les responsabilités accrues qui en découlent pour l'Angleterre, ne peuvent que bouleverser les rapports entre la mère patrie et ses colonies. Tout d'abord, les colons constatent – en plus de se réjouir de la disparition de la menace française – que leur rêve d'occuper les riches territoires indiens

³² *Ibid.*, p. 125; Sir William Holdsworth, *supra note 23*, pp. 116 à 124.

³³ Sir William Holdsworth, *ibid.*, vol. XI, p. 59.

³⁴ Peter D. G. Thomas, *British Politics and the Stamp Act Crisis. The First phase of the American Revolution, 1763-1767*, Oxford, Clarendon Press, 1975, aux pages 86 et 87; Timothy J. Shannon, *Indians and Colonists at the Crossroads of Empire. The Albany Congress of 1754*, New York, Cornell University Press, 2000, aux pages 55, 61 à 65.

³⁵ *Ibid.*

situés à l'ouest de la ligne de partage des eaux des Appalaches pourra enfin se matérialiser. L'Angleterre, pour sa part, s'alarme au plus haut point de ce que les coûts d'administration et de défense de son nouvel empire atteignent des proportions exorbitantes. Pour la seule année 1763, les dépenses d'entretien de 10,000 hommes de troupe en Amérique du Nord atteignent les £ 225,000. Les prévisions pour 1765 s'élèvent à £ 350,000, et ce, sans compter les coûts d'une dette de guerre qui gruge déjà plus de 60% du budget³⁶. Les contribuables coloniaux ne devraient-ils pas assumer leur juste part des frais énormes engagés pour une protection dont ils sont les premiers bénéficiaires ?

❖ *Ne faudrait-il pas partager les charges de ce nouvel Empire ?*

Les Américains, jusqu'alors habitués à recevoir beaucoup et à donner peu, avaient réussi à contourner tout doucement les droits de douane et les restrictions métropolitaines sur le commerce en érigeant des systèmes de contrebande fort efficaces, et contre lesquels la Couronne demeurait impuissante³⁷. En avril 1764, le gouvernement métropolitain se met en tête de neutraliser cette délinquance érigée en système en faisant adopter le *Sugar Act*³⁸, loi qui est âprement condamnée, et vite contournée. Ces coloniaux n'ont manifestement pas la fibre sentimentale lorsqu'il est question de toucher à leur argent.

Pour tenter de remédier à l'échec de cette première loi, le gouvernement Grenville fait adopter par le Parlement, le 22 mars 1765, le *Stamp Act*³⁹, loi destinée à lever des droits directement sur des formulaires imprimés, papiers légaux, certificats, journaux, etc. Cette fois, la loi s'avère fort difficile à contourner par une forme quelconque de contrebande, aussi soulève-t-elle de vives protestations dans les colonies ! Suspendue peu après sa mise en vigueur pour apaiser les tensions, la loi est abrogée le 17 mars 1766. Le jour même, le marquis de Rockingham,

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Charles M. Andrews, *supra note 23*, pp. 130-131.

³⁸ 1764, 4 George III, c. 15 [aussi appelée Grenville on Revenue Act].

³⁹ 1765, 5 George III, c. 12.

devenu premier ministre, fait adopter par le Parlement une troisième loi, le *Declaratory Act*⁴⁰. Cette loi se veut une proclamation officielle et péremptoire de la compétence pleine et entière du Parlement britannique à adopter toute loi ayant force légale dans les colonies. L'Angleterre entend bien affirmer – formellement – son statut impérial. Les Américains sont outrés.

À cette époque, lord Mansfield, à titre de principal conseiller du roi, de juge en chef et de membre judiciaire de la Chambre des lords, avait émis un avis affirmant la compétence absolue du Parlement à légiférer pour tous les sujets de Sa Majesté⁴¹. Il avait, par la même occasion, remis en question la compétence législative des assemblées coloniales à lever leurs propres taxes puisqu'elles ne détenaient, selon lui, qu'un pouvoir subordonné d'adopter des lois d'application locale, de sorte que leur statut juridique était assimilable à celui des grandes corporations en Angleterre⁴².

Les enjeux politiques et constitutionnels du premier grand conflit colonial entre le nouveau et l'ancien monde sont déjà perceptibles. D'un côté, le Parlement britannique affirme bien fort sa compétence à contraindre légalement tous ses sujets. De l'autre, les colonies, ayant bénéficié jusque-là d'une large autonomie dans le développement de leurs institutions en favorisant des valeurs démocratiques et républicaines, considèrent inadmissibles qu'une autorité aussi lointaine puisse prétendre les contraindre et les taxer sans leur consentement. Une telle idée les révulse.

Partageant la même foi, la même langue, la même tradition juridique et la même histoire constitutionnelle, convaincus de part et d'autre de leur bon droit et capables d'un égal entêtement, Anglais et Américains s'engagent dans une voie qui conduira à la première grande révolution du XVIII^e siècle⁴³. C'est dans ce contexte de proximité géographique, politique et constitutionnelle qu'éclate une

⁴⁰ 1766, 6 George III, c. 12.

⁴¹ Peter D. G. Thomas, *supra note 34*, p. 196; J. Holland Rose, A. P. Newton and E. A. Benians, ed., *The Cambridge History of the British Empire*, vol. 1, *The Old Empire from the beginnings to 1783*, Cambridge, University Press, 1929, pp. 616, 632, 640, 660.

⁴² Sir William Holdsworth, *supra note 23*, vol. XI, pp. 55, 56, 118.

⁴³ Charles M. Andrews, *supra note 23*, p. 181.

autre crise, soit celle provoquée par la mise en place, dans la province du Canada⁴⁴, d'un système d'administration de la justice foncièrement aberrant⁴⁵.

❖ *Impérialisme et dévoiement de l'ordre de droit au Canada*

À Québec, le 17 septembre 1764, le gouverneur James Murray et son Conseil adoptent l'*Ordonnance établissant les cours de justice civile*, laquelle met en place le premier système de judicature depuis l'effondrement du Régime français⁴⁶. Ce système s'inspire, pour l'essentiel, des institutions déjà introduites dans d'autres colonies, en particulier celle de la Nouvelle-Écosse⁴⁷.

Le 24 août précédent, William Gregory, un avocat de Londres, s'était vu confier la première commission de juge en chef de la province de Québec, et George Suckling⁴⁸, un avocat de Halifax, celle de procureur général. Ni l'un ni l'autre ne possèdent la moindre connaissance du français. Suckling, ayant pourtant exercé la profession d'avocat en Nouvelle-Écosse, n'a même jamais mis les pieds dans une école de droit⁴⁹. Plus encore, à une compétence professionnelle déficiente s'ajoute pour l'un et l'autre une moralité douteuse: Gregory avait fait de la prison à titre de débiteur malhonnête et Suckling s'était mérité le

⁴⁴ Bien que les ministres aient eu l'intention de désigner cette colonie sous le nom de **Province of Canada**, c'est George III qui est intervenu personnellement afin que sa nouvelle possession soit appelée **Province of Quebec** dans la Proclamation royale du 7 octobre 1763. Voir R. A. Humphreys, "Lord Shelburne and the Proclamation of 1763" [1934] 49 E. H. R. 241, p. 258; Michel Brunet, *Les Canadiens après la conquête, 1759-1775. De la Révolution canadienne à la Révolution américaine*, Montréal, Fides, p. 84.

⁴⁵ Lettre de lord Hillsborough à Carleton, 6 mars 1768, reproduite dans Adam Shortt et Arthur G. Doughty, éd., *Documents relatifs à l'Histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, Ottawa, Thomas Mulvey, imprimeur de Sa Majesté, 1921, p. 272.

⁴⁶ Shortt et Doughty, *ibid.*, pp. 180 à 185.

⁴⁷ R. A. Humphreys, *supra note 44*, vol. 1, p. 248.

⁴⁸ Jacques L'Heureux, « George Suckling », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. VI, Sainte-Foy, P.U.L., 1980, pp. 786-787.

⁴⁹ Sir William Holdsworth, *supra note 23*, vol. XII, p. 89. Selon cet auteur, la formation juridique est dans un tel état de décadence à cette époque que seuls quelques individus particulièrement motivés finissent par devenir de bons avocats. Il ajoute, à la page 90, que l'absence de formation systématique en droit a eu des répercussions très graves sur le fonctionnement de l'État et l'administration de ses institutions.

surnom ironique de *Newgate lawyer* de la part du gouverneur de la Nouvelle-Écosse, Newgate étant alors la plus infâme prison de Londres⁵⁰. Du haut de leur ignorance sidérale des premiers principes du droit colonial anglais, ces deux abrutis avaient convenu du système juridique décrit ci-dessous, et ce, sans même se donner la peine de le promulguer, c'est-à-dire, de le porter à la connaissance des Canadiens.

En vertu de l'*Ordonnance du 17 septembre 1764*, William Gregory, au titre de juge en chef du Banc du roi, se voit octroyer compétence universelle pour entendre et juger toutes les causes civiles et criminelles, selon les lois de l'Angleterre et conformément aux ordonnances pouvant, de temps à autre, être adoptées par le Conseil législatif de la province⁵¹. De plus, une cour de plaids communs est créée pour entendre et juger toute cause de propriété dont la valeur est supérieure à £10 sterling. Cette cour doit juger selon l'équité en tenant compte des lois de l'Angleterre pour autant que les circonstances le permettent. Le mot équité ayant été interprété, pour des raisons de justice naturelle, comme autorisant une réception et un usage limité du droit canadien, cette cour sera fréquentée uniquement par des Canadiens⁵². Toutefois, les décisions de la cour des plaids communs rendues selon le droit canadien, et dont la valeur est de £20 et plus, peuvent, contre tout bon sens, être portées en appel devant le Banc du roi qui, lui, ne rend de décisions qu'en vertu du seul droit... anglais ! Une absurdité qui en dit long sur l'état de déficience intellectuelle de Gregory et de Suckling⁵³.

⁵⁰ Oliver Morton Dickerson, *American Colonial Government, 1696-1768*, Cleveland-Ohio, The Arthur H. Clark Co., 1912, pp. 148, 196. À cette époque, le juge en chef et le procureur général dans chaque colonie sont nommés par le Board of Trade sur recommandations du juge en chef du Banc du Roi et du procureur général du royaume.

⁵¹ Shortt et Doughty, *supra note 45*, p. 181.

⁵² *Ibid.*, pp. 181-182.

⁵³ *Ibid.*, p. 181.

Les autres causes dont la valeur est de £5 ou moins sont entendues par un juge de paix agissant seul. Celles dont la valeur se situe entre £5 et £10 sont entendues par deux juges de paix. Celles de plus de £10, mais n'excédant pas £30, sont entendues par trois juges de paix. Les contradictions ne manquent pas.⁵⁴

❖ *Des juges de paix à moitié civilisés*

Au nombre de trente-six, la plupart de ces juges de paix sont moralement et professionnellement inaptes à l'exercice de toute activité judiciaire. Ainsi, aucun ne possède les compétences juridiques minimales pour exercer quelque fonction judiciaire que ce soit. Incultes, analphabètes fonctionnels, tout au plus capables d'écrire quelques mots dans leur langue, sans formation générale ni expérience professionnelle utile, ils dispensent la justice selon le droit anglais, ou ce qu'ils en peuvent comprendre. Sur le plan éthique, certains sont tout simplement des délinquants dangereux égarés aux commandes d'un système judiciaire. Bref, ils ne créent que du désordre là où régnait un ordre de droit que l'on peut certainement qualifier d'exemplaire.

Inévitablement, les Canadiens, habitués à vivre dans une sorte de monarchie administrative où la confiance en la justice constituait la clef de voûte de l'édifice social, ne tarderont pas à faire part à Sa Majesté de leur consternation face à ce scandale inusité où, par un simulacre de procès, un triste sire pouvait expédier, sans droit d'appel, un enfant de neuf ans au bout d'une corde pour le vol d'un objet d'une valeur d'un shilling⁵⁵. Ce dévoiement du droit avait quelque chose de stupéfiant. C'était l'irruption du dragon au beau milieu d'une société où, depuis plus d'un siècle, l'ordre et la justice avaient admirablement réglé tous les aspects de la vie civile. En matière criminelle, ce droit impitoyable, conçu pour répondre aux rigueurs du

⁵⁴ *Ibid.*, p. 182.

⁵⁵ Sir Thomas Skyrne, *History of the justices of the Peace*, vol. 2, Chickester, Countryside Press, 1991, p. 180. Ce n'est qu'en 1827 que le *grand larceny*, vol puni de la peine de mort, passera de 1 shilling à £5 sterling par l'adoption de la loi 7 & 8 George IV, c. 27.

protestantisme, était déconcertant pour des catholiques habitués aux principes de la recherche du juste équilibre du droit civil. Poursuivons.

Ainsi, un juge de paix agissant seul a compétence pour réprimer des émeutes et des bagarres, exiger des cautions pour garder la paix et arrêter les personnes accusées de délits ou d'actes criminels; deux juges de paix ont compétence pour assurer l'administration de la police à Québec et à Montréal; trois juges de paix, formant une cour des sessions de la paix, peuvent entendre et juger, sans possibilité d'appel, tous les délits et crimes du droit criminel anglais, à l'exception de celui de trahison. Et il y a plus encore⁵⁶.

Tous les procès ont lieu dans la seule langue comprise par les juges de paix, et les décisions sont rendues prétendument selon les lois de l'Angleterre que personne ne connaît et qui ne sont disponibles nulle part. Cette absurdité a quelque chose de terrifiant lorsque l'on sait que le droit criminel anglais, sous le règne de Georges III, prévoyait deux cents vingt infractions sanctionnées par la peine capitale, *declared worthy of instant death*, et pour lesquelles il n'existait... aucun droit d'appel ! Alors que sous le Régime français le droit d'appel avait été autorisé dès 1580, et même rendu obligatoire en 1670 pour toute condamnation à des châtiments corporels ou à la peine capitale, ce droit est totalement absent du système anglais. D'ailleurs, il ne réapparaîtra au Canada que graduellement et partiellement à partir du début du XX^e siècle. Force est donc de constater que, sur de nombreux points, les institutions du droit canadien étaient en avance de un à deux siècles sur celles du droit anglais, que l'on avait l'outrecuidance de leur présenter comme un bienfait de la civilisation. En réalité, c'est tout un pan de civilisation que ces deux nigauds à la solde du conquérant venaient de faire dégringoler.

L'absurdité de ce nouveau système de judicature est également manifeste dans le mode de rémunération des juges et des auxiliaires de justice. À l'exception du juge en chef, qui reçoit une partie de ses revenus sous forme de salaire, tous les juges et auxiliaires de justice,

⁵⁶ En fait, malgré le silence de l'Ordonnance du 17 septembre 1764, les juges de paix s'inspirent des usages en Angleterre pour s'attribuer compétence pleine et entière en matière criminelle, à l'exception du crime de trahison.

y incluant les gardiens de prison, sont rémunérés selon un système d'émoluments ou *fees* perçus à l'acte. Ce système de rémunération, hérité des usages du Moyen Âge, laisse la porte ouverte à tous les abus, de la simple corruption jusqu'à la fraude judiciaire érigée en système⁵⁷. Les principaux intéressés peuvent s'y adonner à cœur joie et sans crainte puisqu'il n'existe aucun mécanisme judiciaire permettant de contrôler ces conduites outrancières, souvent même criminelles⁵⁸. Voyons quelques exemples.

❖ *Des conduites outrageantes érigées en système*

Ainsi, en matière civile, pour des petites créances de moins de £10, des justiciables, tant créanciers que débiteurs, se voient ruinés et mis à la rue pour défaut d'acquitter sans délai les droits de justice exigés par les juges et autres auxiliaires de justice⁵⁹. En matière criminelle, il n'en va pas autrement puisque les accusés, une fois acquittés, sont retenus en prison pour défaut de paiement tant des droits du juge que de ceux du procureur général, du procureur de la

⁵⁷ Norma Landau, "The Trading justice's trade", dans Norma Landau, ed., *Law, crime and English Society*, Cambridge University Press, 2002, pp. 46 et s.

⁵⁸ Douglas Hay, "Dread of the Crown Office: the English magistracy and the King's Bench, 1700-1800", dans Norma Landau, *ibid.*, pp. 21-22.

⁵⁹ Dans un rapport portant sur les agissements des juges de paix dans la colonie, il est cité un cas où, pour le recouvrement d'une dette de onze £ sterling, les droits ou *fees* réclamés ont atteint quatre-vingt-quatre £ sterling; cas rapporté dans Shortt et Doughty, *supra note 45*, p. 378. En ce qui concerne l'affirmation si souvent répétée à l'effet que le droit criminel anglais était plus humain que le droit français parce qu'il interdisait la torture, certaines précisions s'imposent. Le droit anglais connaissait la torture sous le nom de *peine forte et dure*, laquelle n'a été abolie qu'en 1772. Le droit français connaissait la torture sous le nom de *question préparatoire*, laquelle a été abolie en 1780. La *peine forte et dure* des Anglais était administrée immédiatement après la mise en accusation, et avant le procès. Elle pouvait durer plusieurs jours et il était prévu qu'elle puisse se prolonger jusqu'au décès de l'accusé. La *question préparatoire* du droit français, pour sa part, n'était appliquée qu'à la toute fin du procès et ne pouvait être autorisée que lorsque l'on avait prouvé des présomptions précises, graves et concordantes de la culpabilité de l'accusé. Elle ne pouvait durer plus de quatre-vingt-dix minutes, et devait avoir lieu en présence d'un médecin et du juge d'instruction. Le but était d'arracher des aveux et non de faire mourir. En cas de décès de l'accusé, le juge lui-même pouvait faire l'objet d'une accusation d'homicide, ce qui présentait l'avantage de refréner le recours à ce moyen extrême. Nombre de juges français refusaient systématiquement d'autoriser tout usage à la *question préparatoire*.

défense, du bailli, du geôlier. En prison, tout service se paie: une botte de foin pour servir de lit, un croûton de pain, une tasse d'eau, un peu de bois dans la cheminée, etc. Dans le cas des femmes détenues, lorsque *les circonstances et l'état actuel des choses le permettent*, les services reçus pouvaient être rétribués en nature pour défaut de paiement en espèces. Les Canadiens étaient outragés; ils venaient de sombrer dans un état de désordre juridique indescriptible qui les déconcertait au suprême degré.

En réaction à ces pratiques scandaleuses, des lettres et des pétitions d'indignation ne tardent pas à partir pour Londres. Puis, consultés à ce sujet, les conseillers juridiques de Sa Majesté mettent peu de temps à constater l'absurdité et l'inefficacité du système mis en place par le juge Gregory et le procureur général Suckling. Après avoir pris connaissance du système judiciaire appliqué en Nouvelle-France, ils reconnaissent, étonnés, que l'administration de la justice y était moderne, irréprochable, à coûts peu élevés, réglée comme un système d'horlogerie⁶⁰.

Le système archaïque – et anarchique ! – mis en place pour remplacer le système établi en 1663 a stupéfié les Canadiens. Le juge en chef Gregory et le procureur général Suckling, à l'origine de cet outrage à l'ordre public, avaient cru à tort et par grossière ignorance que la Proclamation royale du 7 octobre 1763 avait aboli, d'un trait, l'ensemble des lois et coutumes du Canada. Le gouverneur Murray, un militaire de carrière, s'était fié à l'interprétation formulée par ces deux soi-disant experts. L'un et l'autre avaient conçu, dans un état d'hébétude difficile à saisir, le système absurde mis en place par l'*Ordonnance établissant des cours de justice civile* du 17 septembre 1764. C'était ignorer que le droit est non seulement le dépôt progressif de l'expérience juridique d'un peuple, mais qu'il exprime aussi ce qu'il y a de plus intime dans les us et coutumes de ce peuple. C'est pour ça que le droit colonial anglais prescrivait – ce que Gregory

⁶⁰ À maints égards, le droit canadien, à la fin du Régime français, est plus précis, plus moderne et nettement mieux structuré que le droit anglais. Selon le professeur William Holdsworth, ce n'est qu'au cours du XIX^e siècle que le droit anglais se modernisera suffisamment pour tenir la comparaison avec les grandes ordonnances mises en vigueur en Nouvelle-France à partir de 1667; voir William Holdsworth, *supra note* 23, vol. VI, pp. 300-301.

et Suckling ignoraient – le maintien du droit des colonies acquises par conquête, cession ou traité. C'était d'ailleurs ce que prescrivait le Droit international coutumier de l'époque.

Pour compliquer les choses, la Commission royale du 28 novembre 1763 avait fait obligation au gouverneur de recevoir les serments de suprématie⁶¹ et du test⁶² de toute personne nommée à un poste de juge, d'auxiliaire de justice ou d'officier dans l'administration civile⁶³. D'emblée, cette exigence éliminait la totalité, ou presque, de ces Canadiens qui étaient des juristes accomplis, détenteurs de licences ou de certificats de formation professionnelle en droit, ou ayant œuvré, pendant de nombreuses années, à tous les échelons de l'administration de la justice⁶⁴. Le Canada, qui avait jusque-là prospéré dans l'ordre, devait maintenant s'accommoder d'un désordre outrageant. Le droit ayant un caractère social, les lois doivent être connues, ou du moins, être connaissables. Ce qui était loin d'être le cas avec ce nouveau système que l'on avait le ridicule de leur présenter comme un bienfait de la civilisation. Les Canadiens pouvaient donc perdre leurs biens et leur vie pour des infractions à des lois qui leur était impossible de connaître.

L'enseignement du droit au Canada

Au Canada, l'administration de la justice, établie en 1663, avait été moderne et exemplaire, de sorte que le système mis en place avait de quoi offenser une population habituée à considérer la justice comme un système de rapports sociaux qui a pour objet d'attribuer à chacun ce qui lui revient selon la loi. Ainsi, les officiers

⁶¹ 1688, 1 William and Mary, c. 8.

⁶² 1672, 25 Charles II, c. 2.

⁶³ La Commission royale du gouverneur est reproduite dans Shortt et Doughty, *supra note 45*, pp. 148-149.

⁶⁴ Malgré l'évidence du caractère absurde du système de judicature mis en place suite à la promulgation de la Proclamation royale du 7 octobre 1763, les Britanniques, au Canada, demeureront persuadés que ces changements ont été heureux pour les Canadiens et le Canada. La citation suivante de l'historien américain Francis Parkman en constitue un exemple typique: *La conquête du Canada par les armes britanniques est la plus heureuse calamité qui soit jamais tombée sur un peuple.*

de justice étaient, sous ce régime, des professionnels assujettis à des conditions d'admission exigeantes et rigoureusement vérifiées. Un juge de première instance, par exemple, devait normalement détenir une licence ès lois. La pénurie de personnes qualifiées faisait en sorte que certains étaient choisis parmi les officiers de l'administration possédant de bonnes connaissances du droit et du système judiciaire⁶⁵. Lors de leur nomination, ils devaient toutefois s'engager à poursuivre leur formation par l'étude d'ouvrages de doctrine et de jurisprudence.

Plus encore, dès octobre 1733, le procureur général Verrier avait mis sur pied un système de formation portant sur le droit civil, le droit français, ainsi que la procédure civile et criminelle⁶⁶. Pour chaque conférence, le procureur général préparait lui-même des « cahiers de droits » qui servaient de base à un enseignement qui exposait les principes du droit dans leur ordre naturel⁶⁷. Les étudiants avaient accès à une bibliothèque bien pourvue et étaient invités à lire régulièrement les principales ordonnances en vigueur au Canada⁶⁸. Après deux années de formation, ils recevaient un certificat d'assiduité, ce qui leur permettait de solliciter des emplois à tous les échelons de la judicature. Plusieurs de ces étudiants deviendront d'éminents juristes qui laisseront leur marque dans l'histoire du droit au Canada. Ils ont participé à la formation d'une classe professionnelle homogène et bien définie. Les postes dans la judicature étaient prestigieux et, bien qu'il y eût pénurie de personnes qualifiées, il fallait démontrer ses compétences et sa probité pour être admis dans le cercle fermé des gens de loi du Canada⁶⁹.

Administré de manière ordonnée et efficace, le Canada pouvait, sans fausse modestie, s'enorgueillir d'avoir été ainsi la toute première colonie à avoir enseigné le droit comme discipline scientifique⁷⁰ en

⁶⁵ André Lachance, *La justice criminelle du roi au Canada au XVIII^e siècle, tribunaux et officiers*, Les cahiers d'histoire de l'Université Laval, no 2, Sainte-Foy, P.U.L., 1978, p. 33.

⁶⁶ Edouard Fabre-Surveyer, "Louis-Guillaume Verrier (1690-1758)" [1952-53] *R. H. A. F.* VI, 159, p. 166; Léon Lortie, "The Early Teaching of Law in french Canada" (1975) 2 *Dalhousie, L. J.* 521.

⁶⁷ Edouard Fabre-Surveyer, *ibid.*, p. 176.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 173.

⁶⁹ André Lachance, *supra note 65*, p. 51.

⁷⁰ Sir William Holdsworth, *supra note 23*, vol. XII, p. 100.

Amérique du Nord. Par exemple, aux États-Unis, l'enseignement systématique du droit ne commencera qu'en 1817 avec la création du Harvard Law School⁷¹. En Angleterre, suite à la publication d'un rapport troublant d'un Comité sélect de la Chambre des communes dénonçant l'absence de toute forme d'enseignement systématique du droit, des Écoles de droit, appelées *Inns of Court*, commenceront à donner des formations seulement à partir de 1847⁷². Au Canada, après une interruption de quatre-vingt-treize ans, l'École de droit du Collège Sainte-Marie sera fondée en 1851⁷³. Celle de l'Université Laval le sera trois ans plus tard⁷⁴.

Un système façonné pour des immigrants qui ne viendront pas

Ce nouveau système de judicature axé sur la répression, générateur de tant d'insécurité et de désordre, n'avait toutefois pas été conçu avec l'idée d'accommoder les Canadiens. La raison en est la suivante. Avant la rédaction du projet de proclamation royale, lord Halifax, secrétaire d'État au département Sud, s'était laissé persuader que des milliers de pionniers, en provenance des colonies du Sud, viendraient submerger les rives du Saint-Laurent pour y constituer un noyau britannique imposant et au sein duquel la population canadienne devait se fondre et se perdre en peu de temps⁷⁵. Il fallait donc encourager, en toute hâte, pareille immigration en lui garantissant la protection

⁷¹ Edouard Fabre-Surveyer, *supra note 66*, p. 167; Sir William Holdsworth, *ibid.*, vol. XII, p. 100.

⁷² Sir William Holdsworth, *ibid.*, vol. XV, p. 234-237.

⁷³ Maréchal Nantel, "L'étude du droit et le barreau" (1949) 14 *Cahiers des Dix*, 11; André Morel, "Maximilien Bibaud, fondateur de l'École de droit" (1951) 2 *Themis*, 9; George Lahaise, "Centenaire de la première école de droit établie au Canada, Collège Sainte-Marie, 1851-1867" (1951) 2 *Themis*, 17.

⁷⁴ Georges Lahaise, *ibid.*, p. 19.

⁷⁵ Pierre Tousignant, "L'incorporation de la province de Québec dans l'Empire britannique, 1763-1791: de la Proclamation royale à l'Acte de Québec", dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. IV, Sainte-Foy, P.U.L., 1980, p. XXXVIII. Également Benjamin Franklin avait publié à Londres, en 1760, un opuscule dans lequel il prédisait une immigration britannique massive sur les rives du Saint-Laurent et qu'en 1810 la population canadienne serait totalement assimilée: *The Interest of Great Britain considered with Regard to her Colonies*, London, 1760.

des lois anglaises selon un modèle dépassé qui mélange droit, morale et religion⁷⁶. Soit dit en passant, malgré les apparences de modernité et l'avancement des sciences et de la technologie, cette conception du droit est toujours à l'honneur dans les pays de tradition anglo-saxonne.

Cependant, sur les frontières, les pionniers déjouèrent les prévisions optimistes de Halifax. Ils n'étaient aucunement intéressés par le Canada, pays peu attrayant en raison de la rigueur de son climat, de la pauvreté de son sol, du manque de diversité des ressources facilement exploitables, et de l'éloignement des grandes voies de communication⁷⁷. Les contrées alors convoitées étaient plutôt situées à l'ouest de la ligne de partage des eaux des Appalaches, là où le climat est clément, et où un sol riche est recouvert des forêts les plus luxuriantes de l'Amérique du Nord⁷⁸. C'est là qu'ils espéraient migrer et c'est là qu'ils mettront peu de temps à accourir en grand nombre. Ne viendront dans la province de Québec que quelques dizaines de petits commerçants des colonies américaines qui espéraient écouler leurs marchandises et faire de bonnes affaires dans un pays dévasté par la guerre et qui manquait de tout.

De concours avec les *sutlers* et autres petits marchands arrivés avec la flotte de guerre, les commerçants ne tarderont pas à former un noyau agité et revendicateur qui s'acharnera à embarrasser sérieusement la nouvelle administration coloniale. Beaucoup sont des Whigs et des radicaux qui partagent les idées constitutionnelles des Américains sur les pouvoirs de taxation et la nature du lien colonial avec la mère patrie. Pour leur part, les pionniers britanniques commenceront à arriver, comme réfugiés, à la fin de la guerre d'indépendance américaine. D'ici là, les Canadiens continueront à former près de 99 % de la population européenne du Canada.

Le mécontentement provoqué par la mise en vigueur d'un système de judicature aussi peu compatible avec l'idée de justice des Canadiens mettra peu de temps à se traduire par une avalanche de

⁷⁶ Michel Brunet, *supra note 44*, pp. 91-92.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 98, 285.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 102.

protestions, pétitions et mémoires adressés au gouvernement impérial pour se plaindre de *ces Gens de Loy qui ne savent ny notre Langue ny nos coutumes et à qui on ne peut parler qu'avec des Guinées à la main*. Était-ce bien ça la mission civilisatrice du conquérant ? Voyons maintenant comment la nouvelle de ce « fait de puissance » parviendra à Londres.

Le plus haut magistrat de l'Angleterre en est alarmé

Dans la soirée du 23 décembre 1764, lord Mansfield, juge en chef et premier conseiller de Sa Majesté en matière légale, est le premier alerté du fait qu'un système aberrant d'administration de la justice venait d'être mis en vigueur dans la province du Canada. Il est on ne peut plus inquiet d'apprendre que la jurisprudence relative aux colonies acquises par conquête, cession ou traité n'avait pas été suivie et que les autorités locales avaient pris la décision d'y appliquer le droit anglais, y incluant les nombreuses lois pénales adoptées, à l'époque de la Réforme, contre les catholiques anglais⁷⁹. La nouvelle est choquante pour ce juriste cultivé imprégné de valeurs humanistes acquises à l'étude tant du droit civil que du droit international coutumier et de la philosophie. Aussi s'empresse-t-il, dès le lendemain matin, d'écrire au premier ministre, lord Grenville, pour l'en informer et lui demander d'ouvrir une enquête sur le traitement judiciaire réservé à la population catholique du Canada. Nous reviendrons au chapitre suivant sur cette visite du 23 décembre 1764.

Lord Grenville prend très au sérieux l'inquiétude de lord Mansfield et s'empresse de demander l'ouverture d'une enquête. Ainsi, un premier *Avis juridique sur l'administration de la justice au Canada* paraît le 10 juin 1765; il est signé par les conseillers en loi du roi, Fletcher Norton et William De Grey, respectivement procureur et solliciteur général. Les deux juristes formulent l'opinion que *les sujets catholiques romains [du Canada] ne sont pas sujets, dans ces colonies, aux incapacités, inhabilités et pénalités auxquelles les catholiques*

⁷⁹ Clarence Walworth Alvord, *Genesis of the Royal Proclamation of 1763*, Urbana, Illinois, 1908, p. 37.

*romains sont assujettis dans ce royaume [d'Angleterre] par les lois sanctionnées à cette fin*⁸⁰. Tel a été le tout premier pas d'un long cheminement juridique – et politique – qui mènera à la définition d'un statut distinct pour les Canadiens au sein de l'Empire britannique⁸¹.

Le 19 novembre 1765, le comité du Conseil privé pour les affaires coloniales, présidé par sir Henry Seymour Conway, commande cette fois-ci aux conseillers en loi de Sa Majesté de préparer une nouvelle opinion pour s'enquérir de la validité des ordonnances du gouverneur Murray et de son Conseil relativement au système judiciaire, et tout particulièrement de *l'Ordonnance établissant des cours de justice civile* du 17 septembre 1764. Cinq mois plus tard, le 14 avril 1766, le procureur général Charles Yorke et le solliciteur général William De Grey signent un deuxième *Avis juridique sur l'administration de la justice au Canada*⁸². Ils y affirment que les deux principales causes de confusion et d'anarchie dans la province ont été provoquées, d'une part, par la mauvaise idée de mettre en place une nouvelle forme de justice dans une langue étrangère et sans la moindre participation des personnes nées au Canada et, d'autre part, par l'affolement causé par l'interprétation insensée donnée à la Proclamation royale à l'effet qu'il aurait été dans l'intention de Sa Majesté d'abolir d'un trait l'ensemble des lois et coutumes du Canada, ce qui, selon les deux juristes, constituait un recours injustifié à l'oppression et à la violence. La jurisprudence était pourtant claire en ce qui concerne les colonies acquises par conquête, cession ou traité. Le Droit international coutumier l'était d'ailleurs tout autant.

Cette deuxième opinion constitue, d'abord, une mise en échec de la politique d'assimilation improvisée par lord Halifax en septembre 1763 et, par la même occasion, un désaveu de l'interprétation donnée à la Proclamation royale par le juge en chef Gregory et le procureur général Suckling. Soit dit en passant, il est plausible que cette interprétation de Gregory lui ait été suggérée par Halifax, avant

⁸⁰ L'avis juridique est reproduit dans Shortt et Doughty, *supra note 45*, p. 206.

⁸¹ Pierre Tousignant, *supra note 75*, p. XXXVI.

⁸² L'avis juridique est reproduit dans Shortt et Doughty, *supra note 45*, p. 223.

son départ, lors d'une rencontre à Whitehall. Il était à cette époque dans les habitudes de lord Halifax de rencontrer les principaux officiers nommés dans les colonies pour leur transmettre des directives de vive voix. Pourquoi Gregory, avocat de formation, aurait-il ignoré une jurisprudence bien établie, suivie par le gouvernement métropolitain depuis le début du XVII^e siècle.

Quoi qu'il en soit, il est essentiel de retenir qu'à la suite de ce deuxième avis tous les conseillers en loi de Sa Majesté seront unanimes à soutenir que la Proclamation royale n'avait d'aucune façon abolie les lois et coutumes du Canada et, plus encore, qu'il n'avait jamais été dans l'intention du roi de déroger à la jurisprudence relative aux colonies acquises par conquête, cession ou traité. Tous les ministres et la majorité des parlementaires anglais se rallieront immédiatement à cette thèse. Ainsi, lord Hillsborough, dans une lettre au lieutenant-gouverneur Carleton, confirmait cette opinion en déclarant qu'il avait lui-même présidé aux séances de travail des rédacteurs du projet en septembre 1763, et que jamais il n'avait entendu parler, lors de ces rencontres, de déroger à la jurisprudence en abolissant d'un trait les lois et coutumes du Canada. Le ministre était-il sincère en tenant ces propos, ou cherchait-il à se disculper d'une erreur grossière dont la gravité paraissait accablante⁸³? Malgré cette constance sans équivoque de la part des juristes et des hommes politiques anglais, les avocats, juges et constitutionnalistes – au Canada ! – seront pourtant nombreux à entretenir la confusion en soutenant la thèse contraire. Pire encore, c'est même enseigné par la totalité des professeurs de droit constitutionnel dans les universités du Québec. En somme, il semble inévitable que, même dans le domaine de la science du droit, les mythes et les légendes se chargent de confondre les esprits chaque fois qu'il s'avère utile de se mettre au service d'une conception politique du passé et de ses institutions. Le colonialisme, c'est d'abord ça: une extrême banalité de l'indécence et une justification servile du droit du plus fort.

⁸³ La lettre de Hillsborough est reproduite dans Shortt et Doughty, *supra note 45*, p. 272.

❖ *Une première tentative de correction*

L'avis juridique du 14 avril 1766, de Yorke et De Grey, inclut également des recommandations susceptibles de servir de base à l'élaboration d'un nouveau plan de gouvernement civil pour la province de Québec⁸⁴. Le 13 mai suivant, le comité du Conseil privé aux affaires coloniales demande à Charles Yorke, procureur général, de préparer sans délai de nouvelles instructions à l'intention du gouverneur⁸⁵. Incluant un plan détaillé de l'administration de la justice, les instructions ainsi préparées sont étudiées en comité, dès le 22 juin, en vue de leur adoption par l'apposition du sceau royal. Mais le chancelier Northington, mécontent de la composition du gouvernement Rockingham, profite de l'occasion pour s'objecter à leur adoption au motif – fort justifiable depuis le *Declaration Act* du mois de mars précédent – que le nouveau plan de gouvernement civil pour la province devait être adopté par autorité du Parlement, et non seulement par celle du roi, de manière à constituer un précédent formel et sans équivoque pour le bon gouvernement de l'empire. L'occasion était donc propice pour affirmer l'autorité du Parlement telle que proclamée dans le *Declaration Act* du 17 mars 1766. Il était important que le message soit cohérent et compris par les Américains. L'objection soulevée par le chancelier mène toutefois à une impasse qui met en évidence la fragilité du gouvernement en place: George III annonce, le 7 juillet, qu'il a demandé à William Pitt, devenu lord Chatham, de former une nouvelle administration⁸⁶.

❖ *Les Canadiens devront prendre leur mal en patience*

Le nouveau gouvernement suspend à ce moment l'étude du plan de gouvernement civil pour la province de Québec. Ce n'est que l'année suivante que la question du Canada sera remise à l'ordre du

⁸⁴ Shortt et Doughty, *supra note 45*, p. 223.

⁸⁵ R. A. Humphreys et S. Morley Scott, "Lord Northington and the Laws of Canada" [1933] 14 C. H. R. New Series, 42, p. 44.

⁸⁶ *Ibid.*, pp. 48-49. Également Clarence W. Alword, *supra note 79*.

jour mais, cette fois-ci, à la Chambre des Lords. Le 2 juin 1767, la Chambre adopte une résolution déclarant que la province de Québec a besoin d'une nouvelle réglementation *relating to its civil government and religious establishment*⁸⁷. Au Conseil privé, Northington, cette fois à titre de président, soulève à nouveau l'argument juridique de l'année précédente à l'effet que la procédure la plus appropriée devait être par voie d'une loi du Parlement de Westminster. Ne fallait-il pas faire preuve de cohérence en matière coloniale et profiter de l'occasion pour rappeler aux Américains que le Parlement impérial constituait l'autorité suprême que nulle colonie ne pouvait contester ? Le Conseil reconnaît le bien-fondé de l'affirmation de l'autorité du Parlement. Toutefois, compte tenu que le projet de constitution risque d'être attaqué par l'opposition, il est demandé à lord Shelburne de s'adresser au lieutenant-gouverneur de la province de Québec pour solliciter des informations complémentaires en vue de l'adoption du nouveau système de judicature. Il faut donc se mieux préparer et en savoir plus sur cette colonie, ses lois, ses institutions, sa population.

Le 28 août, le Conseil privé de Sa Majesté rejette définitivement le projet préparé l'année précédente par Charles Yorke et entérine, par décret, la demande adressée par lord Shelburne au lieutenant-gouverneur Carleton⁸⁸. Plus précisément, le décret demande à ce dernier de préparer, avec le concours du juge en chef et du procureur général de la province, un rapport et des recommandations sur l'administration de la justice. Le 17 septembre 1767, lord Shelburne donne mandat au sous-secrétaire d'État, Maurice Morgann, de s'embarquer pour Québec afin de prêter assistance aux personnes concernées et de ramener à Londres leurs rapports et recommandations en vue de la rédaction de la nouvelle constitution⁸⁹.

Au cours des six années suivantes, de nombreux rapports seront rédigés à cette fin, et ce, tant à Québec qu'à Londres. Ce long délai démontre, d'une part, la faiblesse des gouvernements qui se sont

⁸⁷ Peter D. G. Thomas, *supra note 34*, p. 334. Également Humphreys et Scott, *supra note 85*, p. 51.

⁸⁸ Peter D. G. Thomas, *ibid.*, pp. 335-336.

⁸⁹ Humphreys et Scott, *supra note 85*, p. 53.

succédé⁹⁰ en ces temps de bouleversements, et, de l'autre, qu'il n'était pas facile de brusquer et de surcharger de travail des ducs, des marquis et des comtes maîtrisant l'art du bien-vivre à un haut degré de perfection⁹¹. Si la question de l'administration de la justice au Canada les préoccupait, celle d'une réforme en profondeur de la politique coloniale en Amérique du Nord les occupait bien davantage⁹². La réforme du gouvernement civil de la province de Québec ne reviendra à l'ordre du jour du Conseil privé de Sa Majesté qu'à l'été 1773. Entre-temps, les études vont se poursuivre et se multiplier. Examinons plus en détail ce long cheminement au chapitre suivant.

⁹⁰ Sir William Holdsworth, *supra note 23*, vol. XI, p. 115.

⁹¹ Peter D. G. Thomas, *The Townshend Duties Crisis. The Second Phase of the American Revolution: 1767-1773*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 38-39.

⁹² *Ibid.*, *The Tea Party to Independance. The Third Phase of the American Revolution, 1773-1776*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 260-261; Sir William Holdsworth, *supra note 23*, vol. X, pp. 116-117.



William Murray, premier Comte de Mansfield

by Jean Baptiste van Loo

oil on canvas, circa 1737

29 1/2 in. x 24 1/2 in. (749 mm x 622 mm)

Given by Society of Judges and Serjeants-at-Law, 1877

Primary Collection

NPG 474

© 2024 National Portrait Gallery, London, UK

<https://www.npg.org.uk/collections/search/portrait/mw04196/William-Murray-1st-Earl-of-Mansfield?>



CHAPITRE 3

La genèse d'une histoire parlementaire

*Tout ce qu'un roi est tenu de faire pour sa patrie,
il est tenu de la faire pour les colonies qu'il commande.*

L'Acte de Québec a été sanctionné le 22 juin 1774.⁹³ Il constitue la loi fondatrice d'une société distincte dans une Amérique du Nord où la langue, la culture et le système juridique de l'Angleterre s'affirment partout. En plus d'ouvrir considérablement les frontières octroyées à la province en 1763, cette loi garantit le libre exercice de la religion catholique, crée un Conseil législatif au sein duquel siègeront des Canadiens et consacre officiellement la primauté des lois et coutumes du Canada comme fondement d'un ordre juridique distinct et garanti par le nouveau Souverain.

L'étude de l'Acte de Québec et de ses origines est loin d'avoir un intérêt purement historique ou académique. L'une de ses clauses primordiales constitue encore aujourd'hui la base de la compétence exclusive de la province en matière de « propriété et de droits civils⁹⁴ ». Afin de retracer les origines de cette clause pour en saisir la signification et la portée, ce chapitre traitera de l'histoire parlementaire de l'Acte de Québec, c'est-à-dire que nous nous attarderons à l'analyse de la documentation qui, de 1764 à 1774, servira à déterminer le contenu de l'Acte de Québec et, ainsi, à permettre de mieux comprendre les

⁹³ *The Quebec Act*, 14 George III c. 83.

⁹⁴ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U), art. 92 (13): Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir: 13. La propriété et les droits civils dans la province.

enjeux des débats parlementaires qui se tiendront à son sujet au Parlement de Westminster du 26 mai au 13 juin 1774.

Le but de cet exercice est de saisir, dans un contexte légal précis et défini, le sens que les conseillers du roi, les lords du gouvernement et les parlementaires anglais ont donné aux mots lexicaux et grammaticaux lorsqu'ils ont débattu, par exemple, du contenu de l'expression '*their Property, Possessions... and all other their Civil Rights*', expression essentielle que l'on retrouve au cœur du projet de loi. Les locuteurs étant présumément les maîtres du sens des mots qu'ils utilisent, il nous apparaît particulièrement utile de poursuivre cet examen pour en éclairer le sens et la portée à la lumière du droit anglais et des idées politiques de l'époque. À cette fin, deux sources d'information ont une valeur inestimable. La première est l'édition réalisée en 1911 par Shortt and Doughty de l'ensemble des documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada de 1759 à 1791⁹⁵. La deuxième est l'édition, faite en 1839, de la totalité des débats tenus au Parlement de Westminster portant sur le projet de loi « *pour rendre plus efficace le gouvernement de la province de Québec* », plus simplement nommé « Acte de Québec⁹⁶ ».

Bien que la diffusion des débats parlementaires ait été interdite à l'époque, un heureux hasard a voulu qu'un membre du Parlement, Sir Henry Cavendish, passé maître en sténographie, ait transcrit de manière précise et complète les paroles de chaque parlementaire qui s'était levé en Chambre, soit pour appuyer, soit pour combattre le projet de constitution pour la province de Québec. La lecture de ce document d'archives – document extraordinaire et inestimable – est éclairante, voire passionnante; elle permet, avec un peu d'imagination, de remonter le cours du temps pour transformer le lecteur en témoin des débats les plus décisifs de l'histoire politique et constitutionnelle du Québec et du Canada.

⁹⁵ Adam Shortt et Arthur G. Doughty, éd., *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, 2^{me} éd. révisée, Ottawa, Thomas Mulvey, imprimeur de Sa Majesté, 1921.

⁹⁶ Sir Henry Cavendish, *Debates of the House of Commons in the year 1774*, London, Ridgway, Piccadilly, 1839.

Entre l’adoption de la Proclamation royale du 7 octobre 1763 et les débats parlementaires tenus en mai et juin 1774, le contexte politique et le long cheminement dans les idées ayant conduit à la rédaction du projet, puis à l’adoption de l’Acte de Québec sont importants et méritent un examen attentif pour comprendre la suite des événements, c’est-à-dire pour nous aider à comprendre la déformation que les tribunaux coloniaux du Canada vont vite donner à l’expression ‘*their Property, Possessions... and all other their Civil Rights*’ afin de créer un ordre de droit, non pas favorable aux intérêts des Canadiens, mais à ceux des nouveaux venus.

Qui trop embrasse mal étreint

Ceux qui avaient espéré que la fin de la guerre de Sept Ans apporterait la paix sont déçus. La conclusion du traité de Paris en 1763 amorce une période de retournements politiques en Europe et provoque l’émergence d’un climat de confrontation en Amérique du Nord. Habitée à gouverner distraitement et à peu de frais ses colonies selon des pratiques propres au mercantilisme, l’Angleterre se voit subitement contrainte de supporter le fardeau de ses victoires et d’improviser les bases d’un système de gouvernement proprement impérial.

Ancienne colonie de la France jouissant de ses propres institutions et d’un système juridique d’une modernité enviable, le Canada se voit soudainement dépouillé de son nom, de ses lois, de ses institutions, pour être transformé en colonie de peuplement anglais, et ce, par l’autorité – supposée – de la Proclamation royale du 7 octobre 1763. Désormais désignée sous le diminutif de ‘*province of Quebec*’ par décision personnelle de Georges III, la colonie entre dans une période de confusion et de désorganisation extrême sur le plan juridique.

De 1764 à 1774, trois sujets majeurs, intimement liés, monopolisent l’attention et les énergies des lords du gouvernement à Londres, soit: a) l’administration et la protection des territoires indiens convoités par les pionniers et spéculateurs; b) le statut légal des Canadiens en tant que communauté distincte à l’intérieur de l’Empire britannique;

et c) l'imposition du principe de la souveraineté du Parlement à toutes les dépendances de l'Angleterre, y compris à ses colonies de peuplement en Amérique du Nord. Mise en appétit par le goût de la conquête, la Petite-Angleterre avait engouffré un bien gros morceau qu'il lui fallait maintenant prendre le temps de digérer.

Un premier évènement survient tout d'abord le 5 octobre 1761. William Pitt, secrétaire d'État et maître d'œuvre de la stratégie ayant conduit à une cascade de victoires et de conquêtes, remet brusquement sa démission au jeune roi, George III. Presque aussitôt, le gouvernement se met à battre de l'aile. Les ministères ne cessent de se succéder à Whitehall; ils sont tout à la fois faibles, instables, inefficaces. Composés de politiciens aux opinions variées, issus de factions rivales, sinon hostiles, ces ministères demeurent incapables de convenir d'une perspective d'ensemble ni même de concevoir un modèle cohérent d'administration coloniale. Formés à la seule convenance du jeune George III, qui se montre résolu à garder la main haute sur le gouvernement, et non selon l'ascendant d'une équipe forte bénéficiant d'un appui important à la Chambre, les ministères s'épuisent en discussions interminables, en décisions inefficaces, et parfois même néfastes, telles les taxes coloniales adoptées en 1764, 1765, 1766 et 1767 et qui, en Amérique, provoquent tant d'irritation et de colère qu'elles doivent, pour la plupart, être abrogées dans les douze mois de leur mise en vigueur. L'Angleterre souffre de son manque d'expérience et du vertige d'être montée trop haut un peu trop vite.

En politique intérieure, elle connaît une période d'agitation et de turbulence. La clameur politique ne cesse de reprocher au jeune roi et à ses ministres de se comporter en ennemis de la démocratie et de la liberté. Les classes bourgeoises de Londres souffrent de plus en plus mal le monopole de l'aristocratie sur le gouvernement et le Parlement. Plus instruites, plus politisées, plus revendicatrices, elles se montrent ouvertement en mal de pouvoir. Elles revendiquent un rôle clef dans le gouvernement de l'État. Nombre de procès portant sur la validité des mandats généraux d'arrestation et des poursuites en libelles diffamatoires surchauffent les esprits, embrasent les débats. La nomination de nombreux Écossais à des postes importants dans la

magistrature, le gouvernement et l’administration publique exacerbe frustrations et jalousies chez les Anglais. Il n’est pas de tout repos d’être un Écossais à Londres à ce moment. L’implication du Parlement dans des affaires comme l’élection du Middlesex, les difficultés financières de la East India Company, la crise des Falklands, le droit de taxer les colonies, distraient à tout coup la concentration des aristocrates au pouvoir, déjà si peu portés à souffrir des horaires de travail chargés. Rarissimes sont les urgences capables de porter préjudice à l’attente légitime d’un souper bien mérité et bien arrosé.

De plus, le manque de vision politique, tel l’absence d’anticipation sur l’évolution des questions coloniales pressantes, reflète l’ambivalence et les hésitations des lords du gouvernement à convenir d’une politique américaine cohérente et énergique. Les gouvernements tergiversent; ils prolongent sans cesse leur hésitation à choisir entre briser la résistance des colonies de plus en plus autonomistes et se résigner à tolérer le principe défendu par les patriotes américains d’une parfaite égalité politique de tous les sujets britanniques sous un même Souverain et, surtout, avec un Parlement qui garde ses distances et se mêle de ses affaires. Partout les problèmes s’accumulent et les solutions tardent. L’Angleterre tourne à vide; elle surchauffe.

Le lointain pays des arpens de neige

Dans le lointain pays des arpens de neige, là aussi les cieux s’obscurcissent, la température se réchauffe. L’anarchie judiciaire déclenchée par ‘l’Ordonnance du 17 septembre 1764’ a provoqué l’indignation d’une population habituée à la sécurité d’un ordre de droit moderne et bien réglé. Les aristocrates au pouvoir à Londres, comprenant qu’ils devront intervenir pour corriger ce fiasco, se sentent pris au dépourvu. La tradition juridique du Canada, plus civile et plus ordonnée que la leur, les déconcerte. Alors que faire !

En 1767, un timide plan de réforme a déjà échoué. Toutefois, s’il faut agir, il n’y a pas matière à se précipiter ! Ils savent déjà que les Canadiens, éduqués dans le respect de la loi, ne chercheront pas à défier l’autorité de leur nouveau roi. Jusqu’à la fin de l’année 1773,

les énergies seront donc consacrées à la préparation et à l'étude de rapports de mieux en mieux documentés sur le Canada et les Canadiens. Lorsque toutes ces idées auront suffisamment mûri, une décision devra enfin être prise. Mais avant d'aborder le contenu de l'Acte de Québec, voyons, ainsi qu'annoncé au chapitre précédent, comment a été enclenché ce branle-bas d'études et de rapports sur les causes du chaos dans l'ordre juridique qui a éclaté au Canada en septembre 1764.

Lord Mansfield sonne l'alarme

Un document trouvé dans les archives de l'époque nous permet de comprendre que le tout premier lord informé de l'éclosion d'une situation anarchique au Canada a été le plus grand juriste du XVIII^e siècle, et l'une des figures marquantes de l'histoire juridique de l'Angleterre, lord Mansfield. Juge en chef du royaume, membre judiciaire de la Chambre des Lords et conseiller privé du roi, il est informé de la perpétration d'un étrange coup de force juridique à l'occasion d'une visite impromptue qui lui est faite dans la soirée du 23 décembre 1764. Des visiteurs, mandatés par le gouverneur du Canada et tout juste arrivés à Londres, se sont empressés d'aller sonner à sa porte pour l'informer qu'une ordonnance de justice mise en vigueur à Québec le 17 septembre avait provoqué un immense émoi dans la population et le chaos dans l'administration de la justice. Les conséquences paraissent inquiétantes pour la population du Canada. Il s'agit de l'imposition d'un gouvernement civil fondé sur un ordre de droit nouveau, jamais promulgué et inconnu des Canadiens, et de la conduite incompréhensible du juge en chef, William Gregory, envoyé dans la province quelques mois auparavant.

Lord Mansfield n'est pas seulement un juriste de très haut niveau. Adeptes de la tradition humaniste, son éducation a été nourrie de culture grecque, latine et européenne.

À Oxford, il s'était montré un étudiant appliqué et d'une rare curiosité. Il s'était consacré à l'étude de la philosophie, du droit civil et du droit international coutumier. Il avait ainsi été initié aux grandes questions de droit portant sur les principes et les fondements

du droit qui avaient tourmenté les philosophes du siècle précédent, tout autant qu’ils l’avaient été pour les théologiens du Moyen Âge. L’étude de droit anglais s’était par la suite rajoutée à son cursus.

De par sa formation qui l’avait familiarisé avec la philosophie du droit, il savait pertinemment que le droit est par essence contingent, mouvant et changeant, qu’il se développe dans des circonstances particulières pour répondre aux besoins d’une population particulière. De plus, à la différence de la science en général, il comprenait que le droit n’est en rien une connaissance certaine que l’on peut déduire de principes certains applicables en toutes circonstances. En fait, le droit naît le plus souvent de coutumes, de conventions et de déterminations arbitraires.

Lorsqu’il est informé dans la soirée du 23 décembre du coup de force qui vient d’arriver au Canada, lord Mansfield comprend mieux que personne que les lois et coutumes de l’Angleterre ne peuvent en aucune façon convenir aux Canadiens qui bénéficient déjà d’un ordre de droit uniforme, certain et familier. Il sait que l’autorité des lois est limitée et conditionnelle, et que, plus encore, George III n’a aucun intérêt à créer du désordre là où règne déjà un ordre de droit stable. Il y a un principe majeur en droit qui dit que lorsque la loi contredit manifestement la justice en créant du désordre là où règne l’ordre, cette loi n’a aucune raison d’être et ne peut lier en conscience ceux à qui elle est destinée. Le droit est essentiellement un principe d’ordre.

Devant l’absurdité de l’injustice dont il est informé et les malheurs incalculables qui s’annoncent au Canada, lord Mansfield est profondément alarmé. En tant que premier conseiller juridique du roi, il se doit d’agir sans délai. Ainsi, dès le lendemain matin, il s’adresse directement au premier ministre Grenville pour lui faire part du coup de force inimaginable dont on l’a informé la veille. Dans une lettre qui en dit long sur son inquiétude, il le presse de prendre sans tarder des informations auprès du Board of Trade. Heureusement, cette lettre a survécu dans les archives de lord Grenville. C’est un document précieux; elle nous donne la réaction spontanée du meilleur juriste anglais de l’époque sur le renversement de l’état du droit au Canada:

« *Since I saw you I have heard from the King in general, and afterwards more particularly, but very distinctly, from some persons who visited me last night, of a complaint concerning a civil government and judge sent to Canada. 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. Perhaps the principal parts of this Report may be untrue, but I am so startled at it that I cannot help writing to you. You may easily learn from the Board of Trade whether there has been any Act from hence to send them over in a lump a new and unknown law*⁹⁷. »

« Nous avons pris la lettre de M. Pownall en considération, et nous croyons humblement que les sujets catholiques romains qui résident dans les contrées cédées à Sa Majesté en Amérique par le traité définitif de Paris, ne sont pas sujets dans ces colonies aux incapacités, aux inhabilités et aux pénalités auxquelles les catholiques romains sont assujettis dans ce royaume par les lois sanctionnées à cette fin. Le tout est humblement soumis à la considération de Vos Seigneuries. »

C'est un début de clarification du droit, mais manifestement trop court pour aider un ministère faible et divisé à prendre une décision éclairée. Une deuxième opinion est tout de suite requise par le Conseil privé sur l'état général de la situation juridique dans la province. Dans un avis signé du 2 septembre 1765⁹⁸, les lords du Board of Trade, sous la direction de lord Dartmouth, concluent qu'en vertu du mode de judicature mis en place par '*l'Ordonnance du 17 septembre 1764*', il est souhaitable que les Canadiens soient rétablis dans la plénitude de leurs droits et privilèges, qu'ils soient délivrés des malaises et inquiétudes suscités par des actes extraordinaires,

⁹⁷ W. J. Smith (dir.), *The Grenville Papers*, vol. 2, London, John Murray, 1852, p. 477.

⁹⁸ *Ibid.* à la page 207, lord Dartmouth est alors secrétaire d'État aux affaires coloniales.

indécents, sans exemple, inconstitutionnels, actes posés par une autorité s'étant approprié des pouvoirs relevant du seul Parlement impérial⁹⁹.

C'est beaucoup plus clair, mais pas suffisant. Le comité du Conseil privé aux affaires coloniales requiert qu'une troisième opinion soit préparée par les conseillers en loi de Sa Majesté. Le procureur général Charles Yorke et le solliciteur général William De Grey se mettent à la tâche sans tarder; leur opinion est signée du 14 avril 1766¹⁰⁰. Les deux juristes sont d'avis, compte tenu que le Canada constitue une ancienne et grande colonie, peuplée et cultivée depuis fort longtemps, qu'il est conforme au « droit de la nature et des nations » que ses habitants conservent leurs lois et coutumes jusqu'à ce que leur nouveau souverain prenne la décision de les modifier ou d'en introduire de nouvelles. Cette opinion, conforme à la jurisprudence relative aux colonies acquises par conquête, cession ou traité, confirme le bien-fondé de la vive réaction de lord Mansfield dans sa lettre du 24 décembre 1764. D'incalculables malheurs étaient réellement tombés sur la tête des Canadiens.

Le mois suivant, le 13 mai, l'ordre est alors donné au Board of Trade de préparer à l'intention du gouverneur du Canada de nouvelles instructions conformes aux conclusions de ce rapport. Des instructions sont rédigées, mais sans effet; aucune décision n'est prise. Les embûches politiques et procédurales sont telles que le timide projet de réforme est suspendu *sine die* à l'été 1767. Quelques belles années de procrastination seront alors mises à profit pour mieux connaître les Canadiens, leur système juridique, l'état général de la colonie.

D'autres années d'étude et de réflexion

Un an plus tard, le 28 septembre 1768, le comité du Conseil privé aux affaires coloniales requiert du Board of Trade de préparer un rapport sur l'opportunité de constituer une assemblée législative dans la province et, le cas échéant, d'indiquer la façon dont elle devrait être constituée. De septembre 1768 à juin 1769, les lords du

⁹⁹ *Ibid.* à la page 217.

¹⁰⁰ *Ibid.* à la page 222.

Board of Trade ne tiendront pas moins de quatorze réunions pour s'entretenir de la future constitution civile pour la province de Québec. Le 10 juillet 1769, le Board of Trade soumet au comité du Conseil privé un rapport recommandant la création d'une telle assemblée. Cette mesure semble s'imposer du fait que le gouverneur en conseil à Québec n'a pas été habilité à exercer les pouvoirs nécessaires à l'adoption de dispositions législatives propres à mettre un terme à l'anarchie générée par '*l'Ordonnance du 17 septembre 1764*'.

Plus encore, et afin de les associer à l'élaboration de leur propre constitution, le rapport recommande que des Canadiens deviennent membres à la fois du Conseil exécutif et de l'Assemblée législative. Lord Hillsborough, signataire du rapport en tant que secrétaire d'État aux affaires coloniales et président du Board of Trade, ne réussit toutefois pas à vaincre les résistances des membres du ministère Grafton. Incapables de s'entendre, les lords doutent du bien-fondé de cette mesure. Les ministres préfèrent, d'une part, attendre le retour à Londres du sous-secrétaire d'État, Maurice Morgann, déjà en mission d'étude au Canada et, d'autre part, l'arrivée du gouverneur Carleton qui a obtenu l'autorisation de venir présenter à Londres sa conception d'un nouveau gouvernement civil pour la province de Québec. Carleton avait déjà, dans une missive du 20 janvier 1768, fait connaître au Board of Trade sa vision politique d'ensemble et les raisons pour lesquelles il considérait inappropriée et prématurée, dans les circonstances, la création d'une assemblée législative pour le Canada. Les hésitations se succèdent et s'enchaînent; le plus grand Empire du monde semble gouverné comme un radeau laissé aux bons soins des vents et des marées.

L'année 1770 est elle aussi marquée par l'attentisme. Rien ne parvient à briser les hésitations des ministres de Sa Majesté. Le sous-secrétaire d'État Morgann, revenu de sa mission au Canada en septembre 1769, avait ramené avec lui trois rapports sur la situation juridique dans la province. Deux de ces rapports présentaient respectivement les vues « divergentes » du gouverneur Carleton et du procureur général Mazères; le troisième exprimait la « dissidence » du juge en chef, William Hey, d'avec celles du gouverneur. Bref, là

encore cette belle diversité d’opinions n’avait rien pour rassurer des ministres inquiets de tout.

Après avoir quitté Québec à l’automne 1769, le gouverneur Carleton deviendra, à Londres, l’éminence grise tant des lords du Board of Trade que de ceux du comité du Conseil privé de Sa Majesté pour les affaires du Canada. Malgré tout le poids et la qualité des informations alors recueillies, les hésitations des uns et des autres ne se dissipent pas pour autant. Lors d’une réunion du comité du Conseil privé tenue le 7 juin 1771, lord Hillsborough échouera une fois de plus à convaincre ses collègues d’adopter la politique du Board of Trade telle que formulée dans le rapport du 10 juillet 1769. Les membres du Conseil privé, jugeant l’appréciation de Carleton plus solide, conviennent qu’il n’est pas approprié d’autoriser pour l’instant la constitution d’une assemblée législative. Ils craignent qu’une telle assemblée ne tombe entre les mains des Britanniques du Canada; en ce cas, la colonie risquerait de devenir ingouvernable. Ils connaissent la réputation des petits coloniaux qui ratent rarement une occasion de faire prévaloir leurs « droits de conquérants »; ils savent à quel point il peut être difficile de remettre ces gens à leur place. Cette réserve sera donc maintenue pour être intégrée plus tard au projet de l’Acte de Québec. D’ici là, on prendra le temps d’en apprendre plus sur le Canada et les Canadiens.



CHAPITRE 4

Les lords s'octroient un ultime sursis

Quand un législateur ne se soucie plus du bien commun, il cesse d'être un législateur.

✿ *Juin 1771*

Les Canadiens doivent donc prendre leur mal en patience. Toujours divisés par des dissidences, indécis, incapables de convenir d'une ligne de conduite, les lords du comité du Conseil privé trouvent, une semaine après l'échec de lord Hillsborough, une nouvelle façon de s'octroyer un ultime délai de grâce. Ainsi, ils ordonnent au procureur général Thurlow, au solliciteur général Wedderburn et à l'avocat général Marriott de préparer, chacun par-devers soi, un rapport sur l'état de la situation dans la colonie et d'y formuler des recommandations pour la mise sur pied du futur gouvernement civil de la province de Québec. Bref, force est de convenir qu'un miracle aurait sans doute permis de les tirer de leur embarras.

Les trois conscrits s'exécutent sans délai. Wedderburn dépose son rapport le 6 décembre 1772, Thurlow le 22 janvier 1773, et Marriott le 3 mars. Huit années se sont donc écoulées depuis que lord Mansfield avait alerté le premier ministre Grenville pour lui faire part de ses vives appréhensions face à « d'incalculables malheurs » qui planaient sur le Canada et les Canadiens. L'affaire avait alors été considérée comme urgente et de la plus haute importance. Décidément, les aristocrates anglais de cette époque n'avaient rien de la trempe de ces hommes politiques du Canada qui, comme en 1982, seront capables d'expédier, en une nuit de tractations honteuses, la constitution

de tout un pays. Celui de l'avocat général est à ce point incompréhensible qu'il vaut mieux le passer sous silence.

❖ *Le rapport de Wedderburn, solliciteur général*¹⁰¹

Suite à la décision du comité du Conseil privé du 7 juin 1771 demandant à chaque conseiller en loi de produire un rapport et d'y inclure des recommandations pour la formation d'un gouvernement civil, le solliciteur général Wedderburn a produit le sien le 6 décembre 1772¹⁰². Il y recommande de reconnaître les lois et coutumes du Canada et de voir à leur application dans toutes les cours de juridiction civile. Selon lui, cette reconnaissance s'impose du fait que les Canadiens forment près de 99 % de la population européenne de la province et qu'il n'est nullement dans l'intérêt de la Grande-Bretagne d'y favoriser un mouvement d'émigration de ses anciens sujets. La politique de peuplement recommandée par lord Halifax, décidée dans la précipitation en 1763, s'était avérée inapplicable, voire gravement préjudiciable à la sécurité juridique de la population. Wedderburn fait toutefois une exception pour les délits et crimes; il croit – le plus naïvement du monde à notre avis – que les Canadiens auraient intérêt à être jugés selon les lois anglaises en raison de leur douceur et de leur certitude¹⁰³.

¹⁰¹ Alexander Wedderburn [lord Loughborough] est solliciteur général depuis 1771. Il fait partie de cette cohorte d'Écossais brillants et ambitieux venus faire de belles carrières à Londres à partir des années 1760. En 1780, il sera promu juge en chef de la Cour des plaidoyers communs, puis lord chancelier en 1793. Initialement formé en droit civil et écossais, il est parti étudier le droit anglais en Angleterre en 1753, et ce, le jour même après avoir lancé sa toge en pleine figure d'un adversaire lors d'un procès houleux tenu à Edinburgh.

¹⁰² Adam Shortt et Arthur G. Doughty, éd., *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, 2^e éd. révisée, Ottawa, Thomas Mulvey, imprimeur de Sa Majesté, 1921, à la page 402.

¹⁰³ La douceur des lois criminelles anglaises est plutôt un mythe bien entretenu depuis le XVIII^e siècle, né d'une attitude triomphaliste tendant à faire l'apologie de tout ce qui est anglais: "English cats are the best in Europe." En 1735, un avocat et parlementaire anglais, William Hay, se disait gêné du caractère sanglant du droit criminel anglais où l'on pendait, pour vol seulement, plus de monde en une période de six mois que dans l'ensemble des pays d'Europe pour la totalité des offenses criminelles en une période de trois ans. Dans: Wilfrid Prest, *Albion Ascendant: 1660-1815*, Oxford University Press, 1998, aux pages 202 et 313.

Soulignons déjà, qu’en janvier 1774, c’est Wedderburn qui se verra confier la responsabilité de rédiger le projet de constitution pour la province de Québec. À ce propos, il est important de souligner qu’il était bien préparé pour assumer cette tâche puisqu’il avait initialement été formé au droit civil, chez lui en Écosse, pour ensuite passer à Londres pour se mettre à l’étude du droit anglais.

❖ *Le rapport de Thurlow, procureur général*

Le procureur général Thurlow remet son rapport le 22 janvier 1773¹⁰⁴. C’est le plus favorable aux intérêts des Canadiens. Il s’y montre réfractaire à toute forme d’impérialisme juridique. Il est d’avis qu’il est dans l’intérêt de la Grande-Bretagne de laisser les Canadiens dans un état de tranquillité d’esprit et, surtout, de sécurité juridique complète. L’objet du droit canadien n’est-il pas d’assurer le bonheur des Canadiens ? En ce sens, il faut d’abord éviter de susciter sans raison des motifs de plainte, de mécontentement, de manque de respect à l’endroit de leur nouveau Souverain. Il croit que Sa Majesté assurera davantage la paix, l’ordre et le bon gouvernement de la province en laissant aux Canadiens la liberté de continuer à obéir à des lois qui leur sont familières plutôt que d’entreprendre la tâche ardue de les astreindre à obéir à des lois dont ils n’ont jamais entendu parler. Leurs lois ne constituent-elles pas le dépôt progressif de leur propre expérience juridique ? Il faut en tenir compte.

Puisque l’ordre juridique naturel du Canada a si bien fait ses preuves et qu’il semble supérieur à tout ce qu’il serait possible de concevoir pour le remplacer, la balance doit pencher de ce côté. En cas de nécessité, il sera toujours possible à Sa Majesté d’opérer des modifications aux lois et coutumes du Canada, surtout celles concernant les crimes contre l’État, la religion, le revenu, mais aucun changement ne devrait avoir lieu sans être requis par une nécessité pressante et impérieuse que la véritable prudence ne saurait dédaigner ni négliger.

¹⁰⁴ *Ibid.*, *supra* note 103 à la page 416.

Plus encore, Thurlow prévient qu'il faut se garder de céder à la tentation de satisfaire les attentes injustes de quelques sujets anglais qui pourraient se réfugier opportunément au Canada, espérant y réclamer pour eux-mêmes le privilège des lois du pays qu'ils ont quitté et pousser leur désir de privilégier leurs intérêts jusqu'à réclamer l'abolition des lois du Canada. En ce cas, on ne ferait qu'ajouter au désordre enclenché en 1764, ce qui serait tout le contraire de ce que l'on cherche à corriger. Toutefois, contrairement à son collègue Wedderburn, Thurlow est d'avis que toutes les lois du Canada, y compris ses lois criminelles, devraient être reconduites dans leur intégralité. Il sera toujours temps d'y apporter des modifications. Il se montre réfractaire à toute forme d'impérialisme juridique non justifié. Poursuivons maintenant avec ses propres mots :

« Lorsque certaines formes de justice civile ont été longtemps en usage, les gens ont eu de fréquentes occasions de ressentir eux-mêmes et d'observer chez les autres la coercition réelle des lois en matière de dette, d'engagement et de transaction, et la punition de tous les genres de torts. [...] Il est facile d'imaginer la confusion que produirait l'introduction de réformes judiciaires nouvelles et inconnues, et le doute et l'incertitude qui accompagneraient les transactions, ainsi que les déceptions et les pertes qui en résulteraient¹⁰⁵.

« Les mêmes observations peuvent être énoncées avec plus de force contre le changement des lois criminelles, d'autant plus que leur application découle d'enseignements plus frappants et de conséquences plus sérieuses. La consternation générale qui s'emparerait de la population, brusquement assujettie à un nouveau système de lois criminelles, ne pourrait disparaître de sitôt, malgré l'atténuation et la modération du code. [...]

» Les observations ci-dessus me portent à conclure que les nouveaux sujets canadiens ont le droit d'espérer pleine justice de leur conquérant, y incluant le maintien de leurs anciennes lois; il me semble qu'ils sont justifiés d'attendre une telle faveur de la sagesse de leur conquérant. Je crois qu'il est dans l'intérêt de Sa Majesté de laisser ses sujets canadiens dans une tranquillité absolue et une sécurité

¹⁰⁵ *Ibid.*, *supra* note 103 à la page 424; les traductions sont de l'éditeur.

personnelle complète, avec la persuasion que de telles faveurs leur sont acquises réellement, et de ne pas donner lieu inutilement à des motifs de plaintes, de mécontentement, de manque de respect envers leur Souverain. En outre, ce dernier assurera davantage l'ordre et la paix publiques en leur laissant la liberté de continuer à obéir à des lois qui leur sont familières plutôt que d'entreprendre la tâche ardue de les astreindre à obéir à d'autres lois dont ils n'ont jamais entendu parler.

» Il ne faut pas perdre de vue que le mode de gouvernement et le système juridique du Canada ont été élaborés en des temps de calme et d'apaisement par de sages législateurs exempts de passions personnelles ou de préjugés publics. [...]

» Le conquérant a hérité de la prérogative de souveraineté en vertu d'un titre pour le moins équivalent à celui que les conquis peuvent légitimement revendiquer à l'égard de leurs droits personnels et de leurs anciennes coutumes; le conquérant peut donc faire tous les changements dans la forme de gouvernement qu'il jugera, en sa qualité de souverain, essentiellement nécessaires pour établir son autorité et s'assurer l'obéissance de ses sujets. Partant, il est possible de voir s'opérer quelques modifications aux lois, surtout celles qui concernent les crimes contre l'État, la religion, le revenu et autres sujets relatifs à la police, de même que certains changements dans la forme de la magistrature. Mais de tels changements ne pourraient s'opérer sans être requis par une nécessité pressante et impérieuse que la véritable prudence ne saurait dédaigner ou négliger¹⁰⁶. »

L'accent est donc mis dans le sens de l'intérêt des Canadiens au rétablissement de leurs lois et coutumes. Ces deux rapports reflètent aussi le malaise des Anglais face à l'exercice d'une souveraineté étrangère sur une vieille et grande colonie comme le Canada. Jusque-là, le fondement moral de toute conquête avait résidé dans la foi du conquérant en sa supériorité. Mais que pouvait cette supériorité incertaine face aux Canadiens qui jouissaient d'un ordre de droit qui avait si bien fait régner la justice sur les rives du Saint-Laurent ? Formé d'une population homogène et cohérente, bénéficiant d'un

¹⁰⁶ *Ibid.*, supra note 103 à la page 425.

ordre juridique certain, moderne et étonnamment lénifiant en matière criminelle – résultat d'un effort conjugué de l'esprit pratique français et de l'idéal classique de juste partage fondé sur l'idée de justice sociale et distributive – le Canada et les Canadiens n'avaient pas grand-chose à attendre d'une supposée supériorité de l'Angleterre, des Anglais et de leur système juridique. L'idée n'était pas de civiliser les Canadiens, mais de les garder sous leur souveraineté tout en évitant de nuire à leur développement. Alors quelle devait être la nature du rapport avec cette colonie ? Lui imposer la soumission, ou lui offrir une association ? La balance penchait nettement du côté de la seconde solution; il fallait donc miser sur l'intelligence et non sur la force, sur la persuasion et non sur la contrainte.

Ainsi, à la lumière de ces avis et recommandations, force est de constater que la décision des autorités de rétablir les lois et coutumes du Canada comme base de sa constitution n'a nullement été prise dans la précipitation. Elle constitue le fruit d'une longue et judicieuse réflexion à laquelle ont participé tous les conseillers en loi de Sa Majesté depuis 1764, sans omettre le concours de lord Mansfield et celui de William Hey, juge en chef de la province de Québec.

Il est remarquable également de voir que les divergences d'opinions sont minimales entre ces juristes; ils sont tous d'avis que Sa Majesté britannique n'a aucun intérêt ni même le droit de changer le cours de la vie civile des Canadiens sans y être requise par une nécessité pressante et impérieuse. L'idée d'une quelconque supériorité du conquérant est considérée comme sans objet. D'ailleurs, ces opinions sont conformes à la jurisprudence anglaise au sujet des colonies acquises par conquête, cession ou traité. Elles sont conformes également aux principes du Droit international coutumier de l'époque qui protège les lois et coutumes des peuples conquis. En s'y conformant, il sera plus facile de s'entendre sur le contenu d'un projet de constitution.

❖ *L’adoption de l’Acte de Québec à nouveau retardée*

Au moment du dépôt du rapport de l'avocat général Marriott, en mars 1773¹⁰⁷, le contexte social et politique paraît enfin favorable à la rédaction d'un projet de constitution pour le Canada. À Londres, les passions et les ressentiments provoqués par l'affaire des élections du Middlesex se sont calmés, et la clameur populaire en faveur d'une plus grande place à la démocratie ont cessé de distraire les ministres. Dans les colonies américaines, les perspectives de paix et de tranquillité paraissent plus encourageantes que jamais. Les crises à répétition provoquées par les taxes imposées par le Parlement impérial se sont estompées, et ce, même dans le Massachusetts, là où l'agitation avait été la plus vive. Les esprits modérés paraissent avoir repris la situation en main et les patriotes en mal d'indignation semblent avoir perdu beaucoup de terrain. Bref, le calme règne enfin partout ! Le climat est enfin favorable à l'adoption d'une constitution qui saura mettre un terme aux incalculables malheurs provoqués par *l'Ordonnance du 17 septembre 1764*. Mais voilà qu'éclate subitement une nouvelle affaire qui monopolise une fois encore toute l'attention des ministres. La constitution du Canada devra donc encore attendre. On le sait, les Canadiens sont capables de supporter d'incalculables malheurs; d'ailleurs ils ont tous entendu parler des malheurs qui étaient arrivés aux Acadiens. Ils ne veulent rien provoquer. Alors de quoi s'agit-il cette fois-ci ?

Au cours de l'année 1772, la East India Company, compagnie anglaise qui exerce des pouvoirs de gouvernement colonial en Inde, connaît de graves difficultés financières, conséquences d'une corruption endémique, d'une mauvaise administration de l'entreprise et de la chute des ventes de thé dans les colonies américaines. La perspective d'une faillite d'une entreprise de cette importance inquiète le gouvernement impérial qui appréhende « d'incalculables malheurs » pour le commerce anglais. Le gouvernement se doit d'accourir pour lui éviter le pire, c'est-à-dire la faillite.

¹⁰⁷ *Ibid.*, *supra note 103* à la page 426; il est possible que le rapport ait été publié en 1774.

Le 26 avril 1773, un projet de loi¹⁰⁸ est déposé d'urgence aux Communes; il autorise la compagnie à exporter ses marchandises directement dans toutes les colonies. Cette décision est assimilable à l'octroi d'un monopole de vente d'immenses quantités de thé à des prix nettement inférieurs à ceux du marché. La mesure est excessive, désastreuse pour les concurrents; en un rien de temps elle fragilise la plus grande partie des activités commerciales de la Nouvelle-Angleterre. Alors que tout convergeait vers un apaisement des rancœurs, le gouvernement de Frederick North avait, distraitemment, sans même s'en rendre compte, soufflé sur des braises oubliées, mais toujours ardentes, alors que tous les croyaient éteintes. La situation politique bascule en un rien de temps dans les colonies; modérés et radicaux se retrouvent, sans même l'avoir recherché, unis dans une cause commune. Quelques esprits agités passent immédiatement à l'acte; un coup d'éclat est perpétré par des patriotes le 16 décembre 1773 dans le port de Boston; la nouvelle arrive à Londres trois semaines plus tard. L'Angleterre a cette fois d'excellentes raisons de s'inquiéter. Toutefois, le contenu de l'Acte de Québec a déjà été décidé par les lords du gouvernement. Il ne reste plus qu'à le faire voter par le Parlement. Va-t-on reconsidérer ce projet ? Pas du tout ! Voyons ce qu'il en est.

La constitution du Canada enfin à l'ordre du jour

L'anarchie judiciaire qui perdure au Canada depuis dix ans a assez duré. Suite à l'adoption du '*East India Company Regulation Bill*', les ministres ont jugé que l'heure était venue de remettre de l'ordre dans l'administration de la justice au Canada. En conséquence, dès la fin de juin 1773, lord Bathurst, chancelier et président du Conseil privé, a annoncé qu'il avait commencé l'étude des trois rapports préparés par les officiers en loi de Sa Majesté et de l'ensemble de la documentation accumulée sur le Canada. Le 4 août, il a transmis le dossier à lord Dartmouth, *secrétaire d'État aux affaires coloniales*, 'to

¹⁰⁸ 13 George III c. 63

enable his Lordship to form a plan of government for that purpose, fit to be laid before Parliament’.

Lord Mansfield se manifeste lui aussi; il n’a rien oublié de la visite qui l’avait tant remué dans la soirée du 23 décembre 1764. Il fait donc savoir aux ministres qu’il s’intéresse vivement au projet de constitution pour le Canada et qu’il s’est même mis à l’étude de tout le dossier. Il tient à ce que justice soit faite; rien ne doit lui échapper. Tout comme lord Bathurst, il favorise clairement l’approche fondée sur l’intérêt des Canadiens telle qu’elle a été proposée par le procureur général Thurlow dans son rapport du 22 janvier 1773, à savoir le plein rétablissement des lois et coutumes du Canada en tant que système autonome, à l’exception d’accommodements nécessaires à l’exercice de la souveraineté.

Cependant, tout au long de l’automne 1773, l’étude du dossier du Canada avance avec une telle lenteur que le premier ministre North se voit contraint de secouer courtoisement ses distingués collègues. Le 3 décembre, John Pownall, sous-secrétaire d’État aux affaires coloniales, apprend à son collègue William Knox que lord North vient d’enclencher l’état d’urgence:

« After so many years’ neglect of the business of Quebec, everything now is to be done in a hurry. Lord North has begged that he may have from us a précis of the affairs of Quebec from the first establishment of it, so far as regards the claim and complaints of the new subjects, and what has passed thereupon. »

À l’état d’urgence ainsi déclenché viennent s’ajouter deux sources de pression. D’une part, les ministres ont commencé à recevoir des informations inquiétantes sur la détérioration du climat politique depuis que se font sentir les effets de la loi de 1773 sur le thé. De l’autre, l’annonce que le gouvernement impérial s’apprêtait à enclencher la procédure d’adoption d’un plan de constitution a réveillé l’ardeur des seigneurs canadiens et des marchands britanniques. Les uns et les autres s’empressent de préparer des pétitions pour soumettre leurs doléances à l’attention du gouvernement¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Shortt et Doughty, *supra note 103* à la page 493.

Celle des seigneurs arrive à Londres en février 1774. Les Canadiens y requièrent la restauration des lois et coutumes de leur pays dans leur intégralité, tant celles de nature civile que criminelle. Ils souhaitent également le rétablissement des anciennes frontières du Canada nécessaires à la traite des fourrures. Toutefois, inquiets de devoir payer les coûts de fonctionnement de leur gouvernement civil, ils préfèrent l'attribution d'un conseil législatif à une assemblée de représentants élus.

Les pétitions des marchands arrivent en avril¹¹⁰. Comme les ministres s'y attendaient, ils réclament la mise en vigueur des lois et coutumes de l'Angleterre; ils expriment sans vergogne leur volonté de contrôler la colonie en exigeant la création d'une assemblée dont ils auraient l'honneur d'être les seuls membres. Nullement intéressés à souffler sur les braises de l'injustice pour favoriser les intérêts d'une poignée de fanatiques, les lords du gouvernement ignorent ces prétentions. Le temps était venu de procéder à la rédaction d'un projet susceptible de rétablir les Canadiens dans leurs droits et, surtout, de ne rien faire pour les aliéner davantage face à une souveraineté étrangère dont ils pouvaient facilement se passer. Force était de prendre en compte que la seule supériorité militaire du conquérant ne pouvait garantir le maintien de son autorité sur le Canada et les Canadiens. Il valait mieux s'en faire des alliés que de se les aliéner en encourageant les petits coloniaux à donner cours au plus vieil instinct du monde: la volonté de s'affirmer en dominant l'autre. Il ne s'agit pas seulement pour eux de dominer dans la poursuite de privilèges et de profits, mais aussi de rechercher certaines satisfactions psychologiques beaucoup plus sournoises et malfaisantes. Dominer, c'est bien connu, ça fait toujours du bien; surtout quand c'est payant.

¹¹⁰ *Ibid.* à la page 484.



CHAPITRE 5

La rédaction du projet de constitution

Ce n'est point de l'utilité des métropolitains qu'il faut tenir compte lorsque l'on rédige une loi pour une colonie.

Après avoir beaucoup étudié et réfléchi, il ne restait plus aux lords du gouvernement qu'à passer aux actes. La responsabilité de rédiger le projet de constitution est confiée à Alexander Wedderburn, solliciteur général du roi. Il s'exécute avec le concours de William Hey, juge en chef de la province de Québec, lequel avait obtenu l'autorisation d'un séjour à Londres.

Janvier 1774

La première version, rédigée au cours du mois de janvier 1774¹¹¹, est plutôt succincte. Elle prévoit que le gouverneur, du consentement du Conseil de la province, pourra adopter des lois, statuts et ordonnances pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement. Il y est toutefois précisé qu'aucune mesure affectant la vie, l'intégrité corporelle et la propriété n'aura force de loi avant d'avoir reçu l'approbation de Sa Majesté en Conseil. Par son contenu, elle s'apparente aux instructions de 1767 qui, en raison de l'absence de consensus des ministres, n'avaient pu être adoptées.

¹¹¹ Adam Shortt et Arthur G. Doughty, éd., *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, 2^e éd. révisée, 1921, à la page 519.



Source : Assemblée nationale du Québec (site web : Par ici la démocratie).

<https://www.paricilademocratie.com/approfondir/territoire-et-constitutions/358-1774-acte-de-quebec>

Une deuxième version du projet est rédigée selon les recommandations expresses de lord Dartmouth¹¹². Elle constitue une réponse favorable aux doléances des seigneurs canadiens, c'est-à-dire celles contenues dans la pétition de décembre 1773. À la clause deux, il y est écrit que les sujets canadiens de la province de Québec conserveront '*their Property, Laws, Customs, and Usages*' au même degré et aussi entièrement que si la Proclamation royale du 7 octobre 1763 et l'*Ordonnance du 17 septembre 1764* n'avaient jamais été adoptées. L'idée est de s'en tenir à la jurisprudence relative aux colonies acquises par conquête, cession ou traité. Toutefois, le juge en chef de la province, William Hey, fait alors remarquer que l'usage du mot '*law*', interprété dans son sens large, pourrait avoir pour conséquence de reconnaître l'universalité des lois du Canada, y compris ses nombreuses lois ecclésiastiques: '*not only all Civil Rights, but also all Ecclesiastical laws, and Authorities incident thereto*¹¹³'. La remarque tombe à point puisque Sa Majesté, en vertu des lois et coutumes de l'Angleterre, ne pouvait céder la moindre parcelle d'autorité à son ennemi implacable, honni des Anglais – le titulaire du Saint Siège romain – sur tout territoire de sa juridiction¹¹⁴.

À l'époque de la Réforme, de nombreuses lois avaient été adoptées afin d'établir la souveraineté absolue du roi sur les personnes et les choses de sa juridiction. Porter ombrage à ce principe était de nature à occasionner des crises politiques, pour ne pas dire des crises d'hystérie¹¹⁵. Bien des Anglais auraient pu se mettre à délirer si une telle libéralité en faveur de Rome et du pape avait été octroyée aux Canadiens. La multiplicité de sens que le mot loi pouvait revêtir faisait problème. Ce mot fait partie de ces mots pièges qui peuvent avoir les sens les plus opposés. Il pouvait s'agir de lois naturelles, de lois morales, de lois divines, de lois ecclésiastiques et de lois

¹¹² *Ibid.* à la page 521, secrétaire d'État aux affaires coloniales.

¹¹³ *Ibid.*, note 1 à la page 521 et à la page 533. Dans la version anglaise, à la page 539 et à la page 548.

¹¹⁴ Plusieurs lois du Parlement, sous Henri VIII, ont mis un terme définitif à la dualité de juridiction sur les choses temporelles et spirituelles.

¹¹⁵ Quelques années plus tard, en 1781, un projet de loi destiné à adoucir certaines pénalités à l'encontre des catholiques a provoqué, à Londres, une hystérie [The Gordon Riot] qui a entraîné 300 morts et des dommages matériels incalculables.

civiles. La polysémie de ce mot créait une ambiguïté de taille. Il fallait préciser.

Cette remarque du juge Hey pour éviter un usage mal avisé du mot '*law*' aura des conséquences importantes sur l'histoire constitutionnelle du Canada. Si les lords du gouvernement étaient favorables à l'idée de rétablir l'ordre de droit originel fondé sur les lois et coutumes du Canada, il leur fallait demeurer cohérents sur le plan constitutionnel, tout particulièrement en ce qui concerne les conséquences d'une réhabilitation du droit canon, des lois ecclésiastiques et, surtout, d'une reconnaissance de l'autorité du pape. Par contre, ils n'avaient rien contre les lois purement divines tirées des Écritures saintes compte tenu qu'elles étaient vides de tout contenu juridique. D'où la nécessité de tirer une ligne claire entre les droits civils et les droits ecclésiastiques des Canadiens: il fallait éviter d'octroyer toute assise légale à l'Évêque de Rome dans cette dépendance d'un État officiellement protestant et ennemi de la papauté. En Angleterre, toute allégation d'autorité en faveur du pape était proscrite par la loi. La moindre compromission en ce sens pouvait être assimilée à une trahison. Il fallait corriger, se prémunir contre toute interprétation fâcheuse susceptible de scandaliser les Anglais.

Par ailleurs, en matière criminelle, cette deuxième version propose un système hybride. Les crimes de trahison seront jugés selon la loi anglaise, et ce, tant sur le fond que pour la procédure. Pour les autres infractions de nature capitale, les lois du Canada en fourniront la description, tandis que la procédure et les peines auront cours selon le droit anglais. Enfin, tous les autres délits et crimes seront jugés selon les lois et coutumes du Canada, et ce, tant sur le fond que pour la forme.

Pour ce qui est des changements de frontières, aucune stipulation n'apparaît dans cette version, bien que, depuis le début décembre 1773, le Conseil privé de Sa Majesté avait décidé de rétrocéder à la province ses anciennes limites territoriales.

❖ *La version finale du projet*

La troisième version du projet se rapproche du contenu final de l'Acte de Québec¹¹⁶. Dans le préambule, il y est déclaré que cette loi a pour objet de pourvoir de façon plus efficace au gouvernement de la province, et de corriger les dénis de justice commis depuis la Proclamation royale relativement à la mise à l'écart des lois et coutumes du Canada. On y reconnaît que, avant la conquête, la population de la province professait la religion de l'Église de Rome, qu'elle jouissait d'une constitution stable, qu'elle possédait un système de lois qui protégeait et régissait leurs personnes et leurs propriétés, et ce, depuis la fondation de la colonie. De plus, afin de tirer un trait final sur tout risque d'équivoque, il y est expressément déclaré que la Proclamation royale, la commission du gouverneur, l'*Ordonnance du 17 septembre 1764*, et tous les autres actes rendus par le gouverneur en son Conseil sont révoqués, annulés ou déclarés de nul effet. Rien ne pouvait être plus clair. Les aiguilles de l'horloge étaient reculées à leur point de légalité originelle.

Pour de qui est des limites territoriales, elles sont modifiées et répondent favorablement aux doléances exprimées par les Canadiens¹¹⁷. À l'Est, le Labrador est détaché de Terre-Neuve et annexé à la province de Québec. À l'Ouest, le territoire de la province s'étend au bassin des Grands Lacs, se prolongeant jusqu'à la rivière Mississippi et, au Sud, jusqu'à l'Ohio. Selon lord Dartmouth, secrétaire d'État aux affaires coloniales, les membres du Conseil privé de Sa Majesté avaient été unanimes à convenir que cette clause territoriale constituait une dimension essentielle du projet de constitution.

¹¹⁶ Shortt et Doughty, *supra note 112* à la page 528.

¹¹⁷ *Ibid.* à la page 529.

❖ *Une rédaction en formules expresses et insistantes*

Une deuxième clause porte sur la reconduction des lois et coutumes du Canada. C'est la clef de voûte de cette constitution¹¹⁸. Il y est décrété que les Canadiens de la province de Québec et des territoires qui en dépendent conserveront leur propriété et possessions avec toutes les lois, coutumes et usages qui s'y rattachent, '*and all other their Civil Rights in as large, ample and beneficial manner as if the said Proclamation, Commissions, Ordonnances [...] had not been made*'. Par souci de clarté, et afin de supprimer toute initiative mal intentionnée, on prend soin d'ajouter qu'à l'occasion de toute contestation '*relative to the Property and Civil Rights of any of His Majesty's Subjects, whether Canadian or English, Resort shall be had to the Laws of Canada, and not the Laws of England*¹¹⁹, for the decision of the same', et que les causes qui seront entendues devant toute cour de justice établie par Sa Majesté et les décisions rendues en matière de propriété et de droits civils, le seront conformément aux lois et coutumes du Canada, '*and by no other Laws, Customs or Usages whatsoever*¹²⁰'. C'était plus que précis, c'était insistant. Cette insistance visait bien entendu à s'opposer efficacement aux initiatives extravagantes et arbitraires des Britanniques établis au Canada afin de contrôler le gouvernement de la colonie et d'imposer un ordre de droit entièrement dédié à leurs intérêts.

L'intensité de ce libellé, tant par la répétition des termes que par l'ajout d'interdictions, reflétait la volonté des autorités anglaises de promulguer leur loi en termes clairs, gravés en formules expresses qui ne pouvaient être dénaturées par des interprètes de mauvaise foi

¹¹⁸ *Ibid.* à la page 530.

¹¹⁹ Shortt et Doughty, ed., *The Constitutional History of Canada, 1759-1791*, second and revised ed., Ottawa, J. de L. Taché, printer of His Majesty, 1918; dans cette édition anglaise, à la page 545, il est écrit: "Resort shall be had to the Laws of Canada, **and not** the Laws of England, for the decision of the same", alors que dans la traduction française on a écrit: "conformément aux lois du Canada **et** aux lois d'Angleterre". L'éditeur de cette version n'a ajouté aucune note ou addendum pour signaler cette curieuse traduction.

¹²⁰ *Ibid.* à la page 546.

et que l'on savait disposés à favoriser un impérialisme juridique qui ne pouvait que raviver de nouveaux conflits dans la colonie.

Qu'il nous soit permis d'ajouter que les lords du gouvernement avaient été piqués au vif par le déni de justice qui avait suivi l'interprétation de la Proclamation royale. La réputation des institutions juridiques des Anglais, tellement encensées depuis Montesquieu, était soudainement mise à mal devant l'opinion publique. Au siècle des Lumières, la pensée humaniste était encore importante en Europe; les lords anglais y adhéraient comme bien d'autres; ce n'est que plus tard qu'ils vont s'en détacher pour se lancer dans la grande aventure impérialiste du XIX^e siècle. En tant qu'humanistes, ils ne voyaient d'autre solution à l'injustice qui perdurait au Canada que de rétablir un ordre de droit cohérent et familial, mais purement civil et temporel; un sérieux coup de barre s'imposait en ce sens. L'anarchie judiciaire provoquée par un laxisme inexplicable dans la rédaction de la Proclamation royale ne devait pas se répéter; le texte de la nouvelle constitution du Canada se devait d'être étanche, sans faille, voire implacable.

En dépit de la force et de l'intensité dans son expression, cette clause connaîtra toutefois une triste et longue carrière dans la jurisprudence au Canada. Une triste carrière parce que, malgré la ferme volonté des autorités britanniques de reconduire l'ensemble des lois et coutumes du Canada, l'impérialisme judiciaire des petits coloniaux en poste à Québec se chargera d'en réduire la portée à ce qui est civil, non pas au sens anglais du mot, mais à celui du droit français, ce qui était très différent. Elle aura par ailleurs une longue carrière puisque, reconduite dans sa substance à l'article 92 (13) de la *Constitution de 1867*, elle constituera tout à la fois une compétence générale et un pouvoir résiduaire retenu par les Pères de la Confédération pour établir le principe d'autonomie provinciale, c'est-à-dire pour perpétuer au niveau local le principe d'un gouvernement responsable fondé sur un corpus de compétences certaines et intangibles qui remontaient jusqu'au régime français.

En matière criminelle, le système hybride proposé dans la première version est abandonné. Présument que le droit criminel anglais avait été appliqué à la satisfaction des Canadiens en mesure d'en apprécier

la fermeté et les bienfaits, il y est écrit que ce droit continuera d'être en vigueur dans la province et ses dépendances. Il sera appliqué à l'égard de la définition et de la gravité des offenses, de la forme des procès et des peines, et ce, à l'exclusion de toute autre règle de droit criminel ou de mode de procédure. En fait, les lords du gouvernement, habités par l'idée d'excellence de tout ce qui était anglais, étaient persuadés que leur droit criminel était l'une des merveilles du monde, ce qui n'était pas exactement le cas. Abondamment nourri aux prescriptions de la Bible, ce droit avait été construit en grande partie sur le modèle de la Torah juive. D'où sa rigidité et sa tendance à voir dans la justice un mécanisme de répression des « méchants ».

En matière législative, l'idée d'autoriser la convocation d'une assemblée législative est jugée prématurée. Il est trop tôt pour vouer une confiance aveugle à la loyauté de ces anciens sujets du roi de France. Il n'y a d'ailleurs pas d'inconvénient à temporiser sur ce point puisque les Canadiens ont eux-mêmes exprimé qu'ils n'en voulaient pas. À sa place, un Conseil est établi; il pourvoira à l'administration de la province et de ses dépendances. De concours avec le gouverneur, il détiendra des compétences limitées pour rendre des ordonnances d'intérêt local. Détenteurs de pouvoirs délégués, le Conseil et le gouverneur légifèreront uniquement pour « la paix, l'ordre et le bon gouvernement de la province¹²¹ ». Pour plus de sûreté, toute ordonnance concernant la religion ou ayant pour effet d'infliger une peine de prison de plus de trois mois ne pourra être mise en vigueur sans l'approbation préalable de Sa Majesté. Enfin, il est précisé que rien dans la présente loi ne pourra être interprété comme privant Sa Majesté de créer, pour la province et ses dépendances, des cours de justice criminelle, civile et ecclésiastique.

¹²¹ Cette expression – pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement – est une figure de style employée en matière coloniale à cette époque pour bien marquer qu'il ne s'agit pas d'un pouvoir législatif souverain, mais d'une compétence déléguée sous l'autorité de Sa Majesté.

❖ *Une expression nouvelle dans le vocabulaire du droit*

C'est donc dans cette troisième version qu'apparaît pour la première fois l'expression '*Civil Rights*'. Sur le plan technique, il s'agit là d'un précédent. Bien qu'elle ait été rendue fort populaire suite à la diffusion des théories civiles de Hobbes sur la genèse du corps politique et les bienfaits de la toute-puissance du souverain, cette expression n'avait pas encore été intégrée dans le vocabulaire du droit, et n'avait jamais été utilisée par les juristes de ce pays dans un texte légal; en tout cas, il n'y a pas de précédent répertorié en ce sens. Tel qu'indiqué plus haut, William Hey, juge en chef de la province, avait été à l'origine de cet usage pour des raisons propres au sens du mot loi dans le droit; il s'agissait de protéger les pouvoirs temporels du roi contre d'éventuels empiètements d'un pouvoir spirituel étranger, c'est-à-dire celui de l'Évêque de Rome voué à l'exécration et au mépris général en Angleterre. L'usage de l'épithète 'civil', empruntée au langage des romanistes, s'avérait donc essentiel, et ce, pour préciser la nature civile des lois et des droits en cause.

Le bien-fondé de cette innovation n'avait d'ailleurs pas tardé à être confirmé par lord Mansfield, juge en chef du royaume. Le 22 avril 1774, une copie de la troisième version comprenant cette expression lui avait été transmise afin de solliciter son appréciation du projet. Qu'il nous soit permis de préciser, avant de poursuivre, qu'il ne faut pas s'étonner de l'intervention du plus haut magistrat du royaume dans les affaires du gouvernement; conformément aux usages, le juge en chef était encore à cette époque membre du Conseil privé du roi, d'où la sollicitation de ses avis sur des questions de premier plan. D'ailleurs, on l'a vu plus haut, lord Mansfield, suite à ce qu'il avait entendu dans la soirée du 23 décembre 1764, avait pris très à cœur le rétablissement d'un ordre de droit légitime au Canada, et ce, depuis sa lettre au premier ministre Grenville écrite dès le lendemain de cette nouvelle.

C'est donc dans cet esprit que lord Mansfield transmet, le jour suivant, ses commentaires écrits à lord Dartmouth, secrétaire d'État aux affaires coloniales. Non seulement ne fait-il aucun commentaire

négligé sur l'usage de cette expression dans un texte de cette importance, mais plus encore, il s'en montre si satisfait que, à son avis, il s'agissait là d'une initiative heureuse qui permettait d'écarter du système mis en place les nombreuses lois ecclésiastiques mises en vigueur au Canada à partir de 1663, date de l'adoption de l'*Édit de création du Conseil souverain*.

De plus, remarque très judicieuse pour l'interprétation de cette nouvelle constitution, lord Mansfield ajoute que toute réserve, exception ou restriction au système de judicature formé par les lois et coutumes du Canada, devait être l'objet d'une disposition expresse indiquant où, quand et comment toute dérogation au droit canadien, tel qu'il existait avant la cession, devrait avoir lieu. À son avis, toute réserve exprimée en termes généraux pourrait ou bien n'avoir aucun effet, ou finir par tout bouleverser, parce que, insiste-t-il, '*for if the Parliament does not draw the Line I know not well how any judge can do it. The Legislative Council cannot do it. They cannot restrain or define privileges reserved by the Act of Parliament nor as I should conceive even explain or determine them*¹²²'. Il ne pouvait mieux marquer les limites aux excentricités judiciaires dans la province. Donc, à moins d'exclusion expresse de la part du Parlement de Westminster, le droit canadien était présumé avoir été rétabli dans son état originel, tel qu'il était au moment de la cession. Ce commentaire du plus haut magistrat du royaume nous permet de comprendre que, suite au désordre provoqué par l'interprétation aberrante de la Proclamation royale, les esprits étaient résolument tournés vers la clarté et l'usage de formules expresses. Il fallait se prémunir contre les initiatives des juges coloniaux si facilement tentés par l'impérialisme judiciaire et leur penchant à jouer les maîtres en pays conquis.

Par la même occasion, lord Mansfield manifeste sa vive inquiétude quant aux effets du serment de suprématie sur les gentilshommes du Canada¹²³. En conséquence, il rédige une nouvelle formule de serment

¹²² Shortt et Doughty, version anglaise, à la page 550.

¹²³ Il y avait plusieurs lois créant des incapacités légales à l'endroit des catholiques, en particulier les deux lois du Test: 25 Charles II. c. 2 et 30 Charles II st. 2 c.1.

qu'il transmet à lord Dartmouth; elle est approuvée à l'unanimité et sans délai par les membres du Conseil privé de Sa Majesté.

Soit-dit en passant à l'intention de nos professeurs de droit constitutionnel qui bourrent la tête de nos étudiants de fictions fort étranges, lord Mansfield est considéré comme le plus grand juriste anglais du XVIII^e siècle et l'un des cinq plus honorés de toute l'histoire juridique de l'Angleterre.



CHAPITRE 6

Les principaux arguments des députés de l'opposition

*La volonté de dominer a toujours été
la bougie d'allumage de l'esprit juridique anglais.*

Nous avons dit au chapitre précédent que l'expression 'civil rights', empruntée au langage des romanistes, était d'abord apparue dans la philosophie politique du XVII^e siècle, qu'elle était devenue vite populaire et même familière aux juristes anglais qui, toutefois, se gardaient de l'utiliser dans des textes juridiques. Son apparition dans le projet de loi pour le Canada constituait donc un précédent. Compte tenu de cet emprunt à la langue des philosophes, nous allons examiner ici la réaction de certains députés de l'opposition – juristes éminents – pour voir dans quelle mesure cette innovation s'avérait cohérente et justifiée sur le plan de la langue juridique.

À cet effet, nous allons analyser les interventions de ces juristes, et ce, pour leur maîtrise du vocabulaire du droit et leur capacité à s'exprimer en termes clairs et précis. Nous examinerons la cohérence de leur discours, et non la pertinence de leurs arguments sur le fond.

Ces éminents personnages de l'opposition sont d'abord les députés John Glynn et John Dunning. L'un et l'autre sont des gloires du Barreau, reconnus tant pour leur ardeur à défendre leurs convictions que pour leur réputation d'excellence dans l'exercice de leur profession. Peu de parlementaires pouvaient rivaliser avec eux pour leur connaissance des termes du droit et leur habileté à les utiliser à bon escient. L'un est le député de la circonscription de Middlesex, et l'autre de celle de Calne. Les deux sont des Whigs convaincus qui ont plaidé à plusieurs reprises devant les plus hautes

instances en faveur de groupes libéraux et radicaux, engagés dans nombre de contestations à saveur politique. John Glynn, plus encore que son collègue Dunning, s'est fait le porte-voix de toutes les récriminations possibles contre l'Acte de Québec.

Par la suite, nous allons nous intéresser au député Edmund Burke, diplômé en droit, orateur réputé, auteur d'ouvrages à succès sur l'histoire des idées; il est considéré comme l'un des philosophes marquants de son temps¹²⁴. Le 19 avril 1774, il avait prononcé à la Chambre des communes un discours retentissant où il avait fait une distinction très appréciée entre la compétence constitutionnelle du Parlement à taxer ses colonies, et la prudence politique qu'il y avait à s'en garder. Bref, tout ce qu'il pouvait dire en Chambre avait, compte tenu de son prestige, un poids considérable, et ce, tant en Angleterre que dans les colonies. Pour ces raisons, plusieurs extraits de ses interventions seront reproduits afin d'illustrer ses opinions et sa compréhension du projet de constitution pour le Canada. Voyons d'abord John Glynn.

Le député John Glynn

En réponse à l'exposé préliminaire du procureur général Thurlow en tout début de deuxième lecture, le député Glynn se lève en tant que porte-voix des intérêts des Anglais émigrés dans la province, et qui, dit-il, seront désormais « tenus d'apprendre les lois françaises, d'être gouvernés par des lois qu'ils ne connaissent pas et de se soumettre à des jugements rendus en français¹²⁵ ». Cette mesure constitue, à son avis, la pire cruauté jamais infligée par un souverain anglais à ses propres sujets¹²⁶. Il reconnaît que l'imposition des lois anglaises au Canada pourrait constituer un inconvénient temporaire pour plus de 99 % de la population, mais que, à long terme, les Canadiens retireront

¹²⁴ Glynn et Dunning ont vite été oubliés et n'ont laissé aucun héritage politique, mais la mémoire et les œuvres de Burke ont survécu. Encore aujourd'hui, tant au Canada qu'aux États-Unis, il est l'un des auteurs favoris des défenseurs du conservatisme social. Beaucoup prétendent qu'il serait le maître à penser de Stephen Harper.

¹²⁵ Sir Henry Cavendish, *Debates of the House of Commons in the year 1774*, Londres, Ridgway, 1839, à la page 46. Notre traduction.

¹²⁶ *Ibid.* à la page 47; voir aussi en ce sens E. Burke à la page 234; et William Pitt à la page 111.

un immense bénéfice de l’excellence de cet ordre de droit qui a tant fait pour le bonheur des Anglais et même pour celui d’autres peuples. Il cite pour exemple l’Irlande et le Pays de Galles, tous deux d’anciennes conquêtes à qui l’Angleterre avait sagement imposé ses lois. Aujourd’hui, ces deux dépendances s’en trouvent infiniment florissantes, plus heureuses, et, surtout, plus unies que jamais à l’Angleterre¹²⁷. Par contre, il croit que la reconduction des lois et coutumes du Canada en matière de « propriété et de droits civils » va non seulement affecter la « propriété », mais mettre en danger « la vie, la sécurité et la liberté » de tous les Anglais qui émigreront dans cette province¹²⁸, ce qui constitue là encore une preuve supplémentaire de la cruauté de Georges III à l’endroit de ses anciens sujets.

En réponse à une motion de l’opposition pour tenter d’introduire le procès devant jury au Canada – motion vivement combattue par les lords du gouvernement – John Glynn reprend la parole pour se dire convaincu, « du plus profond de son cœur¹²⁹ », que le meilleur moyen de procurer aux Canadiens un état de bonheur permanent consisterait à leur octroyer « un système de lois et de judicature qui a si bien fait ses preuves et apporté tant de bonheur aux Anglais, tant ici en Angleterre que là-bas dans les colonies¹³⁰ ». On pourrait, concède Glynn, permettre aux Canadiens de conserver leurs lois, coutumes et usages relatifs au règlement de leurs affaires privées, mais il est de première importance que les principes directeurs garantissant « la vie, la sécurité et la liberté des sujets » soient ceux établis par les lois de l’Angleterre¹³¹. Notre premier devoir à l’endroit des Canadiens ne consiste-t-il pas à déraciner tout préjugé de leur esprit, à les attacher au gouvernement civil de l’Angleterre, à sceller leur union à notre pays par le lien puissant de nos lois, de nos institutions, de notre religion¹³² ? Mais le gouvernement de lord North, sans que l’on sache pourquoi, prend une direction diamétralement opposée. Pour cette

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.* à la page 48.

¹²⁹ *Ibid.* à la page 258.

¹³⁰ *Ibid.* Notre traduction.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid.* à la page 259; lord North est premier ministre à ce moment.

raison, il prédit que la province de Québec demeurera à jamais une colonie malheureuse, sinon dangereuse¹³³.

De plus, notre éminent juriste déplore que, lorsqu'il a appris que les Canadiens étaient insensibles aux lois si bonnes de l'Angleterre, qu'ils avaient développé une aversion pour sa constitution, et quand il a entendu '*that they had no regard for civil rights*', il avoue que là il n'a pu s'empêcher de penser qu'on ne pouvait, soit par humanité, soit par sens des responsabilités, les abandonner à leurs préjugés et à leur affection pour les lois et la religion françaises; il n'y avait donc aucun mal pour l'Angleterre à vouloir, malgré eux, le bien de ces pauvres égarés ! Le refus du gouvernement North d'assumer ses responsabilités soulève une grave question de sécurité publique, et ce, tant pour l'Angleterre que pour le Canada. Si les Canadiens nourrissent des opinions préjudiciables à la paix et à la sécurité de l'Angleterre, '*would it not be wise to recall them from their delusion by putting them in immediate possession of civil rights ? [...] **Whithout they possess the highest sense of civil rights, they can never be good friends with us, or good subjects of the King***¹³⁴'. Toutes ces remarques illustrent fort bien qu'il n'est nullement question dans son esprit de la Coutume de Paris, ou du droit civil au sens français, droit qui règle uniquement la propriété et les affaires privées. L'expression '*civil rights*' couvre, à n'en pas douter, des sujets nettement plus vastes que les seuls rapports des individus entre eux. La protection de « la vie, de la sécurité et de la liberté » ne constitue-t-elle pas la responsabilité première de l'État et de ses « lois civiles » qui constituent le support vivant de son droit public.

Un peu plus loin, commentant le fait que le premier ministre North avait déclaré qu'en matière criminelle la procédure sera conduite selon les principes du droit anglais, le député Glynn continue sur sa lancée; il affirme que ce n'est pas seulement en matière criminelle que des questions peuvent être soulevées entre un souverain et ses sujets:

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.* C'est notre souligné.

« *It is not in criminal matters only that the right of the Crown can be brought in question. In civil proceedings we find the inestimable value of juries when applied to the important object of protecting the liberties of the people against the oppression of all those, magistrates or others, who fancy themselves great enough to commit acts of that description with impunity. All actions brought for the redress of personal wrong come into this scheme of being tried without a jury. Duties claimed by the Crown ought to come in the shape of civil actions*¹³⁵. »

Toutes ces déclarations sur la portée des ‘*civils rights*’ sont formulées devant une assemblée de parlementaires par l’un des juristes les plus réputés de l’époque; elles nous offrent un point de vue fort instructif sur le sens générique et politique qu’il attribue à l’expression ‘*civil rights*’, et ce, d’autant plus qu’aucun parlementaire ne s’est alors levé pour formuler quelque réserve sur sa façon de l’interpréter et de la rattacher – si étroitement ! – à la protection de « la vie, de la sécurité et de la liberté ». À de nombreuses reprises, il revient à la charge et insiste sur la question de sécurité tant personnelle que publique. De toute évidence, il ne se limite pas à critiquer la Coutume de Paris, ou le droit civil au sens français du terme. Il fait référence à tout ce qui fait l’excellence du droit anglais.

On constate aussi que, conformément à la conception anglaise du droit, il omet toute distinction entre droit privé et droit public. De l’avis de ce juriste éminent, les « lois civiles anglaises » sont infiniment supérieures aux « lois civiles canadiennes » pour la raison que les premières sont seules aptes à protéger les ‘*civil rights*’ que sont « la vie, la sécurité, la liberté et la propriété ». Sa conception du droit de propriété, prise au sens large, et des autres ‘*civil rights*’, se rapproche d’ailleurs de celle de John Locke lorsque qu’il écrivait:

*Every man [...] is willing to joyn in Society [...] to unite for the mutual Preservation of their Lives, Liberties and Estates, which I call by the general Name, **Property***¹³⁶.

¹³⁵ *Ibid.* à la page 260.

¹³⁶ John Locke, *Two treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.

Ainsi donc, ces pauvres égarés sont les artisans de leur propre malheur, déplore Glynn avec une pointe d'amertume. Victimes de leurs préjugés et de leur attachement à leurs « lois civiles », ils comprennent si peu et si mal l'idée de '*civil rights*' que, dans leur égarement, ils mettent en péril les droits les plus sacrés. L'Angleterre se doit d'assumer ses premiers devoirs de conquérant; elle se doit, par humanité ou sens des responsabilités, de mettre les Canadiens en possession immédiate des « droits civils »; elle se doit de leur imposer ses propres lois. Et pour cause, puisque les lois et coutumes du Canada constituent l'antithèse de l'idée même des « droits civils ». Elles peuvent tout au mieux régler les affaires de propriété et de droits privés.

Les épanchements pathétiques de Glynn sur l'ignorance invincible des Canadiens peuvent faire sourire, mais il faut surtout retenir qu'au moment où il s'exclame ainsi, il est reconnu comme l'un des plus brillants avocats de Londres. Il faut présumer qu'il maîtrise, comme personne toutes les nuances possibles des mots « loi et droit », et prendre acte que, de son avis, les lois civiles du Canada étaient impuissantes à garantir la protection des '*civil rights*' que sont la « vie, la sécurité et la liberté. » Il se situe vraiment très loin du droit civil au sens français du terme.

Glynn ne se pose par ailleurs aucune question et ne fait aucune remarque en ce qui a trait à l'usage – inédit ? – de l'expression '*civil rights*' dans un texte de loi. Il se limite à lui attribuer un sens générique qui réfère à une universalité de droits. Tel que mentionné plus haut, le solliciteur général Wedderburn avait eu recours à cette expression dans le but de circonscrire le sens du mot '*law*' de manière à distinguer les lois « civiles » du Canada des lois « ecclésiastiques » qui y avaient été mises en vigueur à partir de 1663. Ignorant les raisons qui avaient conduit au choix de cette expression, Glynn lui a donné spontanément le sens que les publicistes et philosophes anglais du siècle précédent lui attribuaient dans leurs théories sur la genèse du corps politique et les bienfaits de la toute-puissance du souverain. Dans nombre de ces théories, suite à des emprunts au langage des romanistes, les « droits civils » sont les droits que les hommes conservent lorsqu'ils quittent l'état de nature pour se constituer

en corps politiques pour mieux garantir la protection de leurs droits civils les plus précieux que sont la vie, la sécurité et la liberté.

Ainsi, le célèbre auteur des ‘*Commentaries on the Laws of England*’, William Blackstone, pourtant très prudent et précis dans l’usage des mots « lois et droit », n’a pas échappé à cette influence et a eu recours à cette théorie dans la partie introductive de son œuvre. En choisissant de quitter l’état de nature pour leur propre bien, les hommes se seraient regroupés en corps politiques pour se donner des « constitutions civiles », des « obligations civiles », des « lois civiles ». En procédant de la sorte, ils auraient assuré une protection considérable aux « droits civils » que sont la liberté, la propriété, et la sécurité; cette dernière incluant la vie, l’intégrité physique et la santé. Toutefois, soucieux de ne pas mélanger le vocabulaire politique à celui du droit, Blackstone s’est montré réticent à les nommer « civils », préférant souvent les qualifier d’absolus¹³⁷.

Par contre, John Glynn, moins puriste que Blackstone, mais surtout confronté au fait que l’expression ‘*civil rights*’ était au cœur du projet sous étude, l’a reprise librement, lui attribuant le sens que Blackstone donnait aux droits absolus au sein de la société civile. Ces droits absolus, ou civils, sont la sécurité – incluant la vie, l’intégrité, la santé, la réputation – la liberté et la propriété¹³⁸. Là encore, on constate que les ‘*civil rights*’ des Anglais, malgré l’emprunt du qualificatif ‘*civil*’ au langage des romanistes, constituent une notion juridique très différente du droit civil français. Il s’agit de deux notions distinctes qu’il faut se garder de confondre.

Le député John Dunning

Les opinions exprimées par John Dunning, l’autre juriste de l’opposition, méritent qu’on s’y attarde puisqu’elles sont celles d’une autre gloire du Barreau. Dunning est aussi l’un des critiques de la

¹³⁷ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon Press, 1765, Livre II à la page 11: “Since the permanent right of property... was no *naturel*, but merely a *civil right*”.

¹³⁸ *Ibid.* Livre I aux pages 125 à 134.

politique américaine du gouvernement North. C'est dans le cadre de cette dissension qu'il s'est opposé au projet de constitution pour la province de Québec, allant jusqu'à le qualifier d'attaque destructrice de l'idée même de liberté.

Dès le début des débats, en deuxième lecture, Dunning affirme d'emblée que ce projet est l'un des plus importants jamais étudiés par le Parlement britannique¹³⁹. Il en critique tout d'abord la clause qui propose de rétablir les anciennes frontières du Canada, lui reprochant son manque de cohérence. Toutefois, là où son opinion surprend, c'est lorsqu'il déclare qu'il en est arrivé à la conviction que, compte tenu du contexte politique en Amérique du Nord, la décision la plus avisée de l'Angleterre serait tout simplement de **rérocéder le Canada à ses anciens maîtres**¹⁴⁰.

Sur le plan religieux, il ajoute que l'Angleterre fait là encore fausse route en reconnaissant le catholicisme; selon lui, il n'existe aucun autre sujet qui puisse autant réunir que diviser au sein d'un même pays. Écoutons l'explication qu'il en donne:

« My opinion of toleration is that nothing can be more impolitic than to give establishment to that religion which is not the religion of our own country. Among the circumstances that unite or divide countries, a difference in religion has ever been thought to be the principal and leading one. [...] Without going further into the subject, it suffices for me to say that the religion of England seems to be preferable to the religion of France if your object is to make Canada an English colony¹⁴¹. »

Selon lui, ce projet de constitution va aussi trop loin dans la mauvaise direction au motif qu'il propose de reconnaître les lois et coutumes du Canada comme fondement des droits civils dans ce pays:

« As to all their civil rights, [the prime minister] has informed us that the criminal law of England is to be preserved by this bill, agreeably to the Royal proclamation. But, Sir, is the criminal law

¹³⁹ Debates of the House of Commons, *supra note 126*, à la page 15. Plusieurs autres orateurs ont fait des affirmations semblables.

¹⁴⁰ *Ibid.* à la page 16. C'est notre souligné.

¹⁴¹ *Ibid.* à la page 18.

alone that on which we pride and value ourselves? Have we no civil laws on which we pride and value ourselves? [...] Whoever may think the criminal laws are alone the valuable part of our constitution, I beg leave to say the civil distribution of justice in England is, in my apprehension, its pride, its boast, its glory and, that it is among the most valuable rights that any country can enjoy¹⁴². »

❖ *Un Écossais qui en mène trop large*

Au moment d’en finir sur l’excellence et la gloire des lois et coutumes de l’Angleterre, il reprend à son compte une question mystérieuse, empreinte de sous-entendus, qui avait été posée par le tout premier orateur de l’opposition, Thomas Townshend. Ce dernier avait ouvert le débat en deuxième lecture en demandant aux lords du gouvernement: *‘I should wish to know who has adopted, or who is the father of the plan now before the House¹⁴³?’* Alors quoi ! l’Acte de Québec avait-il été concocté par un auteur occulte ? Cette question d’un auteur caché, et tenu pour mal intentionné, avait l’allure d’une idée fixe chez les députés de l’opposition. Plusieurs avaient manifesté leur inquiétude au sujet de l’ingérence occulte de ce personnage énigmatique, que tous semblaient connaître, mais que personne n’osait prononcer le nom. Était-ce un si grand personnage de l’État ? Dunning, lui aussi troublé par la rumeur de cette intervention occulte, n’a pas hésité à en rajouter de son cru:

« The honourable gentleman who opened the debate asked “*whence this bill came*”? He was only answered that it came from the House of Lords. I am glad it is imputable to any house rather than our own. I believe no individual in this House will own it. I believe that I shall not do injustice to my learned friends opposite that I shall not be found a false prophet when I take leave to say that... they will disown it! But if, Sir, it was neither a measure of any man in the

¹⁴² *Ibid.* aux pages 19 et 20.

¹⁴³ *Ibid.* à la page 2.

House of Lords nor in this House, does it come from the King's servants in the law department in Canada¹⁴⁴? »

Ce questionnement trouble et inquisiteur sur l'identité de l'auteur occulte refera surface à de nombreuses reprises durant les débats. Mais tout laisse croire que ces questions étaient posées avec un malin plaisir dans le but d'embarrasser le gouvernement, puisqu'il n'y avait aucun secret d'État. Toutefois, chacun brûlait d'entendre le brave qui oserait enfin échapper le nom... interdit ! En fait, la rumeur voulait que l'auteur occulte du projet de constitution pour le Canada, comme des quatre lois dites coercitives qui venaient d'être adoptées par le Parlement pour mettre au pas les colonies américaines, aurait été nul autre que lord Mansfield, juge en chef et premier conseiller du roi, que de nombreux Anglais prenaient plaisir à qualifier de fossoyeur des libertés anglaises. La question était donc tout aussi malicieuse que tendancieuse. Alors qu'en est-il du sérieux de cette allégation ? Examinons.

Lord Mansfield ne cachait rien des fonctions qu'il exerçait au sein du Conseil privé. Qu'il ait suivi de près l'évolution du dossier du Canada, qu'il ait fait un certain nombre des recommandations utiles et précises, et qu'il ait rédigé le contenu du nouveau serment d'allégeance, n'en faisait pas pour autant l'auteur du projet. Les archives sur le sujet indiquent qu'il a étudié attentivement toutes les versions du projet, mais ce genre d'intervention n'autorise pas à lui en attribuer la paternité. En fait, c'est le Conseil privé qui, tout au long du cheminement que l'on a vu plus haut, a décidé de l'opportunité et du contenu du projet de loi. Il est exact que lord Mansfield participait aux réunions du Conseil privé à titre de premier conseiller du roi, mais, à l'époque, cette proximité entre l'exécutif et le judiciaire était légale, même si les bons offices du juge en chef dans les affaires du gouvernement irritaient bien des Anglais. Aussi faut-il se souvenir que, historiquement, le juge en chef avait toujours été le premier greffier du roi qu'il assistait ou qu'il remplaçait dans l'exercice de ses fonctions judiciaires.

¹⁴⁴ *Ibid.* aux pages 21 et 22; voir aussi à la page 23.

Le Conseil privé est, à n'en pas douter, l'auteur du projet. Le contenu de chacune de ses clauses a fait l'objet de discussions, de réflexions, d'hésitations prolongées avant d'être adopté à l'unanimité. En fait, la raison de la vive irritation à l'endroit de lord Mansfield venait du fait que bien des Anglais cultivaient de vieux préjugés ethniques à l'endroit de leurs alliés, les Écossais. Depuis l'Acte d'Union de 1707, bien des Écossais, instruits et ambitieux, menaient de belles carrières en Angleterre, d'où d'innombrables jalousies. Plus encore, nombre d'Anglais rageaient de savoir un Écossais à la tête de leur plus haut tribunal, mettant toute l'habileté de sa « mauvaise foi écossaise » à la ruine de leurs droits et libertés. Naturellement, il serait injuste de soupçonner les Anglais de quelque préjugé que ce soit; cependant, il faut reconnaître que tout ce qui sentait l'Écossais les irritait au suprême degré.

Vers la fin des débats, au moment de l'étude d'une motion de l'opposition pour tenter d'introduire le procès par jury dans les causes civiles, Dunning souligne le caractère constitutionnel que les Anglais attribuent au jury pour contrôler les pouvoirs de la Couronne, et ce, tout particulièrement en matière de revenu:

« Every sort of right is capable of being stated, and of being discussed and decided upon by a jury. As to submitting questions of revenue to juries, God forbids that that idea should be understood in the full extent of it ! But, sure I am that if questions of revenue were not to be decided by juries [in England], no creature could endure to live in it for a single hour¹⁴⁵. »

Une telle remarque prononcée en plein Parlement reflète bien l'opinion à l'effet que, dans leur système judiciaire, le jury est assimilé à un mécanisme de démocratie directe favorisant la participation de chacun à l'exercice du pouvoir. On peut croire qu'à cette époque où le parlement, le gouvernement et la haute administration étaient toujours entre les mains de l'aristocratie, la participation des classes marchandes et bourgeoises au jury constituait la seule institution porteuse de caractéristiques proprement démocratiques.

¹⁴⁵ *Ibid.* à la page 268.

Enfin, lors de sa dernière intervention, Dunning souligne la difficulté qui peut exister pour le gouvernement de recruter pour la magistrature des candidats de choix, bilingues, intéressés par le Canada, disposés à s'expatrier, et ce, pour un revenu nettement inférieur à ce que pouvait gagner un bon avocat à Londres:

« The House, I trust, has not forgotten what [William Hey, Chief Justice of Canada] said with regard to himself upon that subject. A question having been put to him whether he could make himself equally master of the Canadian law as of the English law, he answered that it would require a great deal of time and attention, and he was afraid more abilities than he was master of. I beg the [Attorney General] will tell us whether he knows anyone who has more abilities. I do not know where such a man is to be found. I think it will be difficult to meet with a man of that description¹⁴⁶. »

Contrairement au système judiciaire français qui, pour une bonne part, était financé par l'État, le fonctionnement du système anglais ne coûtait pratiquement rien à la Couronne. Sauf pour les juges de la haute magistrature qui étaient fort bien rémunérés, les autres magistrats, les juges de paix, tous les auxiliaires de justice, ne recevaient aucun traitement. D'où la coutume anglaise, promptement importée au Canada, d'exiger des émoluments ou '*fees*' pour chaque acte judiciaire posé, système qui avait tellement outragé le sens de la justice des Canadiens. Dans la pétition du 7 janvier 1765 qu'ils adressaient au roi, les Canadiens avaient dénoncé le caractère vénal et choquant d'un tel système qu'ils avaient du mal à comprendre:

« De là, nous avons vu avec peine nos Compatriotes emprisonnés sans être entendus, et ce, à des frais considérables, ruineux tant pour le Débiteur que pour le Créancier; nous avons vu toutes les Affaires de Famille, qui se décidoient cy-devant à peu de frais, arrêtées par des Personnes qui veulent se les attribuer, et qui ne savent ny notre Langue ny nos Coutumes et à qui on ne peut parler qu'avec des Guinées à la Main¹⁴⁷. »

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Shortt et Doughty, éd., *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, à la page 196.

À Londres, un avocat jouissant d’une bonne réputation pouvait gagner autour de 1,000 £ d’honoraires par année. Et bien davantage pour des plaideurs éminents comme Glynn et Dunning¹⁴⁸. Recrutés parmi les avocats de Londres, les juges en chef des colonies ne touchaient toutefois jamais plus de 500 £ par année. Alors qui était prêt à s’expatrier si loin et courir le risque de réduire ses revenus ? Il y en avait cependant quelques-uns. Examinons.

Jonathan Belcher, par exemple, un avocat sans envergure qui avait jusque-là vivoté à Londres de subsides familiaux, fut nommé juge en chef de la Nouvelle-Écosse en 1754 avec un traitement annuel de 400 £. En 1764, lord Halifax avait recruté l’avocat William Gregory pour en faire le premier juge en chef de la province de Québec. Médiocre et sans envergure, il avait toujours vivoté à la limite de la banqueroute. En 1760, dans l’incapacité de fournir un cautionnement pour dettes en souffrance, ses créanciers l’avaient fait emprisonner en vertu de cinq mandats distincts. À Québec, le gouverneur Murray avait mis peu de temps à se plaindre de l’incompétence de ce drôle de juge, « tout juste sorti d’une prison » selon son expression. On peut donc comprendre que Dunning, en abordant en Chambre le problème du recrutement de professionnels de qualité pour l’administration de la justice au Canada, soulevait une question importante à laquelle aucun membre du gouvernement North n’était en mesure de répondre. Sur ce plan, d’ailleurs, l’ignorance sidérale de notre magistrature coloniale aura de fort belles années devant elle.

L’histoire judiciaire du Québec nous montre que la province a mis beaucoup de temps à recruter, parmi les Britanniques, des juges compétents, bilingues, capables de comprendre son système juridique si différent de la common law. On n’a qu’à voir le scandale qui perdure encore aujourd’hui à la Cour suprême du Canada où le bilinguisme constitue une hypocrisie sans nom depuis... 1875 ! Dunning aura donc abordé plusieurs sujets intéressants, quoique, contrairement à Glynn et à l’exception de sa remarque sur le droit criminel, ses interventions n’ont pas été très éclairantes pour nous

¹⁴⁸ Il est rapporté que le célèbre réformateur, Samuel Romilly, percevait dans les 10,000 £ d’honoraires par année.

permettre de comprendre le sens qu'il attribuait à l'expression '*civil rights*'. En tout cas, il n'a jamais affirmé ou laissé comprendre que le choix de l'expression était inadéquat ou lui causait quelque problème de compréhension. Bien au contraire.

Voyons maintenant ce que pouvait nous apprendre sur le même sujet le parlementaire Edmund Burke, juriste de formation, philosophe, écrivain politique, tenus pour l'un des plus fins esprits de l'époque.

Le député Edmund Burke

Auteur d'ouvrages politiques à succès, Edmund Burke est un parlementaire éminent et influent; ses opinions à propos du projet de constitution valent donc la peine qu'on s'y attarde¹⁴⁹. Bien qu'il ait consacré quelques années de sa jeunesse à l'étude du droit, il n'a jamais fait carrière dans cette discipline. À l'époque des débats sur l'Acte de Québec, il est connu et respecté pour ses idées en matière politique et constitutionnelle. Député au Parlement, il agit également auprès des autorités coloniales à Londres comme agent de la province de New York. Un agent colonial est à l'époque une sorte de procureur auprès des autorités pour la colonie qu'il représente. Parmi les membres de l'opposition, il est l'un des plus critiques de la politique du gouvernement; il la considère inefficace, inadéquate, voire dangereuse.

Au début des débats en Chambre sur une motion de l'opposition visant à obtenir le dépôt de la documentation accumulée sur la province depuis une dizaine d'années, Burke reconnaît d'emblée sa parfaite ignorance des lois et coutumes du Canada. Il soutient toutefois que le peu d'information qu'il en a le porte à croire que le gouvernement North a pour objectif, dans sa détermination d'en officialiser l'existence, d'établir au Canada une dictature à la française, de préparer la voie à l'application de ce modèle aux autres colonies, et, pourquoi pas si

¹⁴⁹ Michel Villey, auteur de *La formation de la pensée juridique moderne*, [Éd. Montchrestien, 1968, Paris V.] a dit de lui qu'il était le plus représentatif de la pensée juridique anglaise de cette époque.

l’expérience s’avère convaincante, l’appliquer ici-même en Angleterre. À la limite de la paranoïa, il ne cache pas son pessimisme:

« I, for one, will never give my vote for establishing the French law in that country. I should be sorry to see His Majesty a despotic governor. And am I sure that this despotism is not meant to lead to universal despotism ? When Canada cannot be governed as a free country, I question whether England can. No free country can keep another country in slavery. The price they pay for it will be their own servitude. The constitution proposed is one which men never will and never ought to bear.

» *When we are sowing the seeds of despotism in Canada, let us bear in mind that it is a growth which may afterwards extend to other countries. By being made perpetual, it is evident that this constitution is meant to be both an instrument of tyranny to the Canadians, and an example to others of what they have to expect.*

» At some time or other, it will come home to England. When it is proved that the laws of England could not govern Canada, it will be plain that some stronger power than the laws of England is necessary to govern this country. I shall give my first vote upon this bill, against a despotic government in Canada, whether it is to be established for any length of time, or to be established at all by Parliament¹⁵⁰. »

Un si beau plaidoyer pour la liberté, et contre la tyrannie, marque aussi une belle hypocrisie. À titre d’agent de la province de New York, Burke connaît bien les enjeux coloniaux; il ne se soucie guère des Canadiens et de leurs libertés; il plaide en faveur des revendications coloniales des marchands et des ‘sutlers’ anglais établis au Canada, et qui, depuis dix ans, réclament une assemblée législative où ils siègeraient comme une sorte d’aristocratie coloniale destinée à répandre les bienfaits de la civilisation anglo-saxonne. Lui qui a avoué candidement ne rien connaître des lois et coutumes du Canada, il se dit lui aussi convaincu qu’elles sont impuissantes à protéger les « droits civils » que sont la vie, la sécurité et la liberté. Il dénonce le supposé despotisme du projet, mais le peu d’effort qu’il a fait pour

¹⁵⁰ Debates of the House of Commons, *supra note 126*, aux pages 89 et 90.

s'informer du système juridique qu'il met tant d'énergie à rabaisser soulève bien des doutes sur sa bonne foi. Peut-il sincèrement croire que les Canadiens obtiendront justice en étant gouvernés par des lois étrangères et de petits coloniaux qui ne cessent de revendiquer leur soi-disant privilège de droit de conquête ? Ce grand personnage du monde des idées a-t-il jamais pris connaissance de la jurisprudence anglaise concernant les colonies acquises par conquête, cession ou traité ? Pourtant, il pouvait très facilement la consulter dans les recueils de jurisprudence si faciles d'accès à Westminster.

❖ *Une dictature militaire à la française*

Lors des débats sur le rétablissement des limites territoriales de la province, Burke revient à son idée première, à savoir que le gouvernement visait à établir au Canada une dictature militaire à la française, modèle qu'il pourrait ensuite utiliser pour menacer les autres colonies :

« The Crown of England has the power of carrying the greatest portion of the actually settled part of the province of New York into Canada. It provides for individuals that they may hold their property, but they must hold it subject to the French laws, subject to French judges, without the benefit of the trial by jury. Whether the English mode of descent is better than the French, or whether a trial by a judge is better than the trial by jury, it is not for me to decide, but an Englishman has a privilege that makes him think it is better, and there is, Sir, as much reason to indulge an Englishman in favour of his prejudice for liberty, as there is to indulge a Frenchman in favour of his prejudice for slavery. The bill turns freedom itself into slavery ! »

» These are the reasons that compel me not to acquiesce by any means, either in the proposition originally in the bill, or in the amendment. Nay, the proposition in the amendment is a great deal worse, because you, therein, make a saving of the right of interference with, and may fix your boundary line at the very gates of

New York, perhaps in the very town itself, and subject that English colony to the liability of becoming a province of France¹⁵¹. »

Peu importe ses préjugés en faveur de ses clients de New-York, il apparaît de plus en plus évident que sa compréhension de l’expression ‘*civil rights*’ n’a rien à voir avec le droit civil français tel qu’appliqué au Canada. Pour lui, il s’agit simplement de choisir entre les libertés anglaises et l’esclavage français.

❖ *Des dangers pour la vie, la sécurité, la liberté et la propriété*

Puis, à l’occasion des débats sur la clause d’abrogation de la Proclamation royale et des ordonnances adoptées à sa suite, Burke revient encore à son idée première, à savoir que les lois et coutumes du Canada ne pouvaient protéger les « droits civils » que sont la vie, la sécurité, la liberté et la propriété. À son avis, le gouvernement anglais avait manqué à sa promesse d’octroyer aux Canadiens le bénéfice des lois de l’Angleterre, se limitant à ne leur octroyer que son droit criminel:

« I have very little to say to this clause. Perhaps I should have nothing to say to it, except that it is a violation of the faith of Great Britain held out to the Canadians; that it is a violation of a promise to give them the benefit of the laws of England. It does not give to Canada the benefit of an English assembly, an English jury, or any of the valuable laws of England, except only the criminal law which is a restraint of the benefit. In that case, I humbly conceive the faith of the Crown of England and of the parliament of England to be directly violated¹⁵². »

En conséquence, il dit craindre pour les « droits civils » des Anglais établis au Canada, y compris ceux des colons américains:

« There is a great difference between making the laws of England the basis of the Canadian constitution, and assuming the old law of France as that basis. But, I am not unwilling to intermit

¹⁵¹ *Ibid.* à la page 192. C’est un cliché fondé sur un excès d’optimisme d’opposer, à cette époque, les libertés des Anglais à l’esclavage des Français.

¹⁵² *Ibid.* à la page 213.

some part of the English laws so far as they interfere with the habits of the Canadians. I always consider the Canadians, Sir, as the first object of my attention. No doubt the English subjects ought to be the second object. They ought, indeed, to be a great object of attention while every security to their liberty should be established. I would have English liberty carried into the French colonies, but I would not have French slavery brought into the English colonies.

» The clause goes to deprive the subjects of Canada of the benefit of the Royal proclamation; it goes also to deprive the English subject of the benefit of the laws of England while he is residing in a place under the protection of the laws of Great Britain. Now, Sir, having said this, I avoid entering into a detail of the particulars because they are the subject of other clauses. I say, in general, that the repeal of the Royal proclamation does to the Englishman a great wrong, and carries away from him the benefit of the laws of England which ought to attend him as constantly as the shadow, which “proves the substance true”. But you take from him the laws of England, and present him only a shadow in their stead [the laws and customs of Canada]¹⁵³. »

L'excellence et la gloire des lois de l'Angleterre

Burke, tel un mystique de la vraie foi, est convaincu de l'excellence et de la gloire des lois de l'Angleterre; il est interdit d'en douter. Il ne connaît rien des lois du Canada, mais ça n'a aucune importance: toute foi ardente se montre impitoyable lorsqu'elle se retrouve face à un sacrilège. Aussi est-il scandalisé qu'un système aussi funeste pour les libertés soit reconnu pour former la base de la constitution du Canada. Dégageant la voie pour rétablir une tyrannie à la française, cette constitution laissera sans protection les droits fondamentaux que sont la vie, la sécurité, la liberté et la propriété. Les lois du Canada ne sont que des « ombres sans substance », que des illusions destructrices de liberté. La voie s'ouvre donc pour réduire à l'état

¹⁵³ *Ibid.* aux pages 213 et 214.

d’esclaves les pauvres Anglais induits par de fausses promesses à émigrer au Canada.

Soit dit en passant, si ce grand génie des idées de son temps avait fait quelque effort pour se renseigner, peut-être aurait-il appris que, au lieu d’être arriéré et liberticide, le système juridique mis en place au Canada était tout à la fois moderne et humaniste, rationnel et raisonnable. Réglé comme un système d’horlogerie, il avait parfaitement réussi à faire régner l’ordre et la justice en privilégiant la douceur et la mesure aux dépens de la force et la brutalité. C’est d’ailleurs pour cette raison que le droit anglais avait tant scandalisé les Canadiens, se permettant d’imposer un ordre de terreur au moyen de lois brutales héritées du plaisir avoué qu’il y avait chez les protestants « à tirer vengeance des méchants et à les punir ». Cette sorte de justice essentiellement axée sur la répression était déconcertante pour les Canadiens. Leur droit, fortement influencé par la vieille tradition du droit naturel, mettait l’accent sur la justice qu’il y a à attribuer à chacun la part qui lui revient selon la loi dans la dynamique des rapports sociaux. Il y avait là deux conceptions philosophiques de la loi, du droit et de la justice. Ces deux conceptions, accentuées depuis la Réforme, marquaient les fondements de deux civilisations distinctes dont la complexité était difficile à concilier.

Au moment de l’étude de la clause portant sur « la propriété et les droits civils », Burke reconnaît qu’il s’agit là de la partie la plus importante du projet, mais il déplore que son étude se fasse si tard en soirée, à une heure où tout le monde est... épuisé ! En fait, lorsque les parlementaires revenaient de leur souper, ils étaient bien souvent trop éméchés pour suivre les débats :

« The question under this clause is whether we shall take away all the law of England at six months or twelve months hence. I declare myself incapable of arguing the question. I have neither strength of body nor energy of mind to proceed at this late hour¹⁵⁴. [...]

I had several very material amendments to propose to the clauses. I had an equitable clause with regard to revocation [and many other alterations]. I wished to have provided a remedy for the objection that

¹⁵⁴ *Ibid.* à la page 230.

legal proceedings were tried [in Canada] by persons not fit to be trusted. My opinion is that the people of Canada, with regard to the English civil law, have not expressed their dislike of the trial by jury.

» These are some of the matters that I would have stated, but it would have been impossible to have debated them at that hour of the night. Having said this in defence of the conduct [of Justices] in Canada which may have been a little unjustifiable, I will add that this headlong mode of proceeding will not tend to make this [constitution for Canada] go down with the people of England. They will certainly dislike it ! America will dislike it !¹⁵⁵ »

À l'occasion d'une motion de l'opposition pour tenter d'ajouter une clause dont l'objet est d'imposer le procès par jury devant tous les tribunaux, Burke revient à la défense de ceux que l'adoption de cette constitution, basée sur les seules lois et coutumes du Canada, pourrait laisser sans protection dans leurs droits fondamentaux que sont la vie, la sécurité, la liberté et la propriété :

« Then, Sir, you are going to take away, by force, the constitution of the people of which they are in actual possession, and against which they have not made a single complaint. Observe !¹⁵⁶ [...] » Having cleared my way thus far, there remains nothing, but the evidence of general Carleton. He, to be sure, spoke of the ignorance of the people of Canada. He told us of their having no wish to be tried by juries; that they preferred the mode of trial by a judge, from custom, habit, and education; and that they thought it strange that the English residents should prefer to have their lives, liberties and properties decided upon by barbers and shoemakers¹⁵⁷.

» To check that disposition of the Canadians would be one of my reasons for giving them a jury, because giving a jury would be giving protection to the majority of the people against those whose pride and arrogance make them say it is humiliating to submit to a jury. I have no objection to all the authority which weight of family, great name, and fixed property in the country can confer. These are

¹⁵⁵ *Ibid.* à la page 235.

¹⁵⁶ *Ibid.* à la page 284.

¹⁵⁷ *Ibid.* aux pages 285 et 286.

always respectable. But how does the establishment of trial by jury necessarily contradict the feelings of this class? It does not contradict their feelings here in England ! All the objections of the Canadian [noblesse] against the measure therefore ought to vanish¹⁵⁸. [...]

» How many years elapsed before you thought of making any constitution for Canada at all ! And now, instead of making them free subjects of England, you sentence them to French government for ages ! I meant only to offer a few words upon the part of the Canadians, and leave them to their misery. They are condemned slaves by the British parliament ! You only give them new masters ! There is an end of Canada¹⁵⁹.

» What can compensate an Englishman for the loss of his laws? Do you propose to take away liberty from the Englishman because you will not give it to the French? I would give it to the Englishman, though ten thousand Frenchmen should take it against their will. Two-thirds of the whole trading interest of Canada are going to be deprived of their liberties, and handed over to French law and French judicature. Is that just to Englishmen !

» Surely, the English merchants want the protection of our law more than the noblesse of Canada. They have property always at sea which, if it is not protected by law, every one may catch who can. No English merchant thinks himself armed to protect his property if he is not armed with English law. I claim protection for the three hundred and sixty English families, whom I do know ! against the prejudices of the noblesse of Canada, whom I do not know¹⁶⁰.

Voilà de biens beaux élans de chauvinisme et d’impérialisme pour l’une des grandes lumières du XVIII^e siècle. Examinons ici un exemple de ce genre d’aveuglement. Le droit commercial anglais est tenu, à cette époque, pour archaïque et médiocre, au point qu’il sera réformé sous peu à l’aide de décisions judiciaires, rendues d’abord par lord Mansfield, puis par lord Tenterden; ils prendront alors pour modèle le droit commercial... français ! Ce droit, c’est bien connu,

¹⁵⁸ *Ibid.* à la page 286.

¹⁵⁹ *Ibid.* aux page 287 et 288.

¹⁶⁰ *Ibid.* à la page 288.

sert déjà de référence à l'Europe entière qui l'utilise également comme droit supplétif. Ce droit, prisé pour sa précision et sa modernité, avait d'ailleurs été mis en vigueur au Canada à partir des années 1663. En fait, si toutes les institutions du droit canadien de l'époque étaient étudiées une à une et comparées à leur équivalent en droit anglais, bien des préjugés deviendraient gênants. Le plus gênant serait sans doute la torture qui était bien plus arbitraire et effrayante en Angleterre qu'au Canada où elle était strictement codifiée et très rarement appliquée. Connue en Angleterre sous le nom de peine forte et dure, elle ne sera abrogée qu'en 1772.

Burke, qui ne craint manifestement pas le ridicule, continue dans son envolée sur l'excellence et la gloire du droit anglais:

« The Canadians are now struggling with their old prejudices in favour of their former laws. A new establishment is proposed to them which throws them into some disorder, some confusion. "All the interim is like a phantasma and a hideous dream". [Sollicitor General Wedderburn], taking advantage of this confusion, says: "We have got a legal basis ! Let us see how much French law we can introduce !" With a French basis, there is not one good thing that you can introduce. With an English basis, there is not one bad thing that you can introduce. Take the rule of the law of Canada for the rule of the constitution of your courts, and it will be the rule of all your proceedings; take it for the rule of your judicature and, sooner or later, it will be the rule of your legislature. Where there is a legal basis of French judicature, or French law, the legislature will never think of grafting upon it an English constitution¹⁶¹.

» *With regard with state policy, which is the last point I shall touch upon, the preservation of their old prejudices, their old laws, their old customs, by this bill, turns the balance in favour of France. The only difference is they will have George the Third for Lewis the Sixteenth !*

» In order to make Canada a secure possession of the British government, you have only to bind the people of Canada to you by giving them your laws. Give them English liberty, give them an English

¹⁶¹ *Ibid.* à la page 289.

constitution and, then, whether they speak French or English, whether they go to mass or attend our own communion, you will render them valuable and useful subjects of Great Britain. If you refuse to do this, the consequences will be most injurious: Canada will become a dangerous instrument in the hands of those who wish to destroy English liberty in every part of our possessions !¹⁶² »

Mis à part ces accès de chauvinisme – qui ne surprennent pas grand monde – et nonobstant son ignorance avouée des lois et coutumes du Canada, Burke est convaincu que la constitution du Canada compromettra gravement ‘*the lives, liberties and property*’ des marchands anglais établis au Canada. Selon la nomenclature de William Blackstone, ces droits si importants que l’auteur qualifie d’absolus, sont ceux de tout citoyen au sein de la société civile. Burke est convaincu que ces droits seront gravement mis en péril, même s’il sait que le droit criminel et qu’une partie du droit anglais relatif à l’exercice de la souveraineté resteront en vigueur. Mais que les autres lois si bonnes de l’Angleterre soient écartées au profit des lois du Canada l’indigne au suprême degré; il semble incapable de comprendre que les lois expriment ce qu’il y a de plus intime dans les mœurs d’une population donnée et que, pour cette raison, elles ne peuvent être interchangeables. Pour lui, le gouvernement North fait fausse route ou, pire encore, poursuit un objectif inavoué, qui serait la préservation du caractère féodal et militaire du Canada pour en faire une dictature à la française au service de sa Majesté britannique. Bien entendu, il n’a pas la moindre preuve pour soutenir cette noire hypothèse. Toutes ces belles idées relèvent de la théorie du complot.

Il n’y a donc plus de doute. Les lois et coutumes du Canada compromettront l’exercice des « droits civils » les plus importants. Pire encore, elles favoriseront le maintien d’une dictature à la française. Il prédit même une catastrophe: la fin du Canada ! Les juristes Glynn et Dunning, et les membres de l’opposition en général, prédisent eux aussi des conséquences d’une telle gravité. Les lois et coutumes du Canada constitueront un péril incessant pour les droits civils et

¹⁶² *Ibid.* aux pages 289 et 290.

absolus que sont la vie, la sécurité, la liberté et la propriété¹⁶³. Les lois des Canadiens, ces ombres sans substance, les laisseront croupir à jamais sous le joug de la tyrannie et de l'esclavage.

Alors comment expliquer l'inquiétude, voire l'obsession, de ces parlementaires anglais, héritiers d'une vieille tradition juridique, face à la reconduction des lois et coutumes simplement « civiles » du Canada ? Quel est le sens de ce mot « civil » emprunté au langage des romanistes ? Fait-on référence uniquement au droit de la tradition civile au sens français du terme ? Parle-t-on de la Coutume de Paris ? Toutes les observations de ces députés de l'opposition démontrent qu'il y aura bien plus que ça. Pour clarifier davantage l'intention des lords du gouvernement, nous nous attarderons, au chapitre suivant, à préciser le sens de l'adjectif '*civil*' pour voir si les droits ainsi reconnus pouvaient inclure une partie du droit public des Canadiens.

¹⁶³ Le professeur William Blackstone, dans sa nomenclature, énumère les droits absolus dans l'ordre suivant: 1) The right of personal security (including his life, limbs, body, health and reputation); 2) The personal liberty; et 3) The property. Voir *Commentaries*, tome 1, aux pages 125 à 131.



CHAPITRE 7

L'autorité des lois et coutumes du Canada

Les lois expriment ce qu'il y a de plus intime dans les mœurs d'une population donnée.

Tout au long des débats parlementaires de mai et juin 1774, les représentants du gouvernement North à la Chambre ont exprimé sans équivoque et sans détour leur résolution à reconnaître, comme base de la constitution de la province de Québec, l'ensemble des lois et coutumes du Canada compatibles avec l'exercice de la souveraineté britannique. Plus encore, en aucun moment ils n'ont tenté d'établir, à la manière des juristes de la tradition civile, les distinctions dénoncées comme anathèmes en droit anglais entre droit privé et droit public¹⁶⁴. Pas davantage du côté de l'opposition, dont les membres se sont limités à dénoncer l'incapacité des lois et coutumes du Canada à garantir la protection des droits civils¹⁶⁵, et à s'indigner de « l'extrême cruauté »¹⁶⁶ manifestée par Sa Majesté en contraignant ses anciens sujets, émigrés au Canada, à apprendre des lois nouvelles appartenant à un système qu'ils ne connaissaient pas et, de surcroît, écrites dans une langue qu'ils ne maîtrisaient pas.

¹⁶⁴ Les juristes anglais du XVIII^e s. trouvent illogique et insensée cette distinction faite par les juristes de la tradition civile. Pour eux, tout le droit est public, et se divise entre common law et equity.

¹⁶⁵ Sir Henry Cavendish, *Debates of the House of Commons in the year 1774*, Londres, Ridgway; député John Dunning, 26 mai 1774, à la page 21.

¹⁶⁶ *Ibid.*, député Glynn à la page 46; et William Pitt à la page III.

L'injustice pouvait paraître cruelle pour des petits coloniaux qui avaient manifesté sans ambiguïté leur prétention à occuper, en cette nouvelle colonie de l'Angleterre, une place privilégiée, tant sur les plans juridique, politique et commercial que linguistique. Force était donc de constater que l'étendue des « droits civils » compris dans l'expression '*their Property, Possessions... and all other their Civil Rights*', couvrait pratiquement l'ensemble des lois et coutumes du Canada. Les « Commentaires » du professeur William Blackstone, utilisés comme base de référence, constituent le meilleur ouvrage de droit de cette époque pour illustrer l'étendue réelle des droits ainsi reconnus¹⁶⁷. Mais puisque les membres du gouvernement avaient aussi affirmé en Chambre que certaines parties du droit constitutionnel¹⁶⁸ anglais pourraient être mises en vigueur au Canada pour permettre l'exercice de la souveraineté britannique, comment interpréter cette déclaration en ce qui a trait plus précisément à l'exercice des prérogatives du roi ? Le roi d'Angleterre se serait-il simplement substitué au roi de France pour lui succéder dans l'exercice de ses prérogatives ?

Les prérogatives de la Couronne: celles de la France ou de l'Angleterre ?

Force était de constater que les sources du droit relatives à l'exercice des prérogatives du roi au Canada pouvaient varier. Toutefois, le sujet était tout à la fois nouveau et déconcertant. Les ministres du gouvernement en Chambre étaient incapables de dire quelles prérogatives relèveraient du droit canadien ou du droit anglais. Nul doute que certaines prérogatives régaliennes du roi d'Angleterre relatives à l'exercice de sa souveraineté s'appliquaient au Canada. Mais les identifier avec précision s'avérait difficile puisque, malgré une longue expérience en matière

¹⁶⁷ Blackstone affirme que les droits qui font l'objet de ses commentaires prennent leurs sources dans des coutumes anciennes et bien implantées, et qu'ils sont essentiellement "civils": *Commentaries of the laws of England*, Oxford, Clarendon Press, vol. II, p. 11.

¹⁶⁸ Durant les débats, les parlementaires ont utilisé l'expression "political law", puisque le mot "constitutionnel" était peu usité à l'époque.

coloniale, le gouvernement britannique n'était jamais parvenu à définir la nature exacte des rapports juridiques entre la mère-patrie et ses colonies, ni même à préciser les règles de réception du droit anglais dans les dépendances de la Couronne.

L'entretien d'une heureuse ambiguïté sur ce sujet était sans doute une façon habile de garder les coudées franches dans un domaine où les prérogatives du roi n'avaient pas encore été remises en question. À l'exception des questions de nature commerciale ou de taxation, le Parlement n'avait encore jamais légiféré en matière coloniale et les décisions des tribunaux supérieurs étaient extrêmement rares. Tout le champ de compétence coloniale relevait encore de la seule autorité du roi. Mais en l'absence de lois spécifiques ou de décisions judiciaires sur l'exercice des prérogatives du roi en matière coloniale, la question des sources de ce droit demeurait ouverte. Quelles étaient les lois et coutumes qui devaient reconnaître des droits ou établir des limites à l'exercice des prérogatives du roi dans ses colonies d'Amérique du Nord ? De par leur origine, les lois et coutumes de la province de Québec différaient grandement de celles des colonies de peuplement britannique et, de toute évidence, même en ces lieux lointains, chaque décision du roi devait être prise dans le plus grand respect de la légalité¹⁶⁹. En matière de traités, d'alliances, de défense, de guerre et de commerce extérieur, il fait peu de doutes que le roi devait exercer ses prérogatives régaliennes conformément à la tradition anglaise. Pour les sujets d'intérêt purement local qui ne mettaient pas en cause l'exercice de la souveraineté britannique dans ses rapports avec les autres pays et souverains, il est logique de croire que le roi devait agir en accord et conformité avec l'ensemble des lois et coutumes du Canada. De plus, le droit international coutumier avait aussi son mot à dire sur le sujet. L'acquisition même d'un territoire habité et possédant déjà son propre ordre de droit ne relevait pas du seul droit interne du conquérant, mais aussi du droit international coutumier de l'époque.

¹⁶⁹ Au siècle précédent, en janvier 1649, le roi Charles I^{er} avait été accusé de haute trahison, jugé et exécuté pour avoir abusé de ses prérogatives et violé les droits de ses sujets.

❖ *La question des lettres de cachet devant le Parlement*

Cette question de l'exercice des prérogatives royales a été discutée, au cours des débats en Chambre, lorsque certains parlementaires ont soulevé un sujet extrêmement sensible, à savoir si les lois reconduites par l'Acte de Québec habiliteraient George III à émettre des « lettres de cachet » pour le Canada. L'état du droit colonial, à cette époque, était si peu précis et si mal connu que toute question technique risquait de soulever plus d'opinions divergentes que de réponses cohérentes et bien informées. Le réputé juriste Francis Mazères¹⁷⁰, invité par le solliciteur général à témoigner sur une possible reconduction des prérogatives du roi de France relatives à l'émission de lettres de cachet – procédé qui n'avait plus d'équivalent en droit anglais¹⁷¹ –, était incapable de formuler une opinion claire pour en informer la Chambre. Cette redoutable prérogative du roi de France serait-elle transmise au roi d'Angleterre en vertu des lois et coutumes du Canada que le Parlement s'apprêtait à reconnaître ? Voici les parties saillantes de son interrogatoire devant la Chambre :

Q.: Would it be lawful, if this bill should pass, for the King of Great Britain, or any body else, to issue lettres de cachet to take up any subject in Canada, or in any part of his dominions ? – R.: I do not think it would be lawful to be done by any subject residing in Canada or, at least, I think it would be very doubtful; and I freely think, if it were done, though not lawful, there would be no remedy against it in the province of Quebec for the persons who suffered by it, the habeas corpus being taken away.

¹⁷⁰ Francis Mazères avait été procureur général du Canada et témoignait, le 2 juin 1774, à titre d'expert devant la Chambre des communes.

¹⁷¹ Les « lettres de cachet » permettaient au roi de France de faire arrêter et emprisonner des personnes accusées d'aucun crime. En Angleterre, « les mandats généraux » permettaient de faire à peu près la même chose mais, dans *Entick v. Carrington* (1765) 19 State Trials, 1029, lord Camden avait jugé que cette pratique était illégale en Angleterre. Au Canada, les historiens n'ont pas démontré de cas où l'intendant aurait émis des lettres de cachet.

Q.: *Do you think it would be a great crime in the British ministry to advise a lettre de cachet ? – R.: I meant there would be no remedy against it in Canada if it were issued. How far it would be a matter of impeachment in England, I do not know. [...]*

Q.: *Do you think, according to the constitution of Canada, as it will be by this bill, there will not be any remedy against such person executing this lettres de cachet ? – R.: I think not*¹⁷².

Par contre, le député John Dunning, cet éminent avocat de Londres dont il a été question au chapitre précédent, s'est levé sur-le-champ pour donner la réplique, affirmant catégoriquement que les lois et coutumes rétablies par l'Acte de Québec habiliteraient le gouverneur général à émettre des lettres de cachet. Il n'y avait pas l'ombre d'un doute sur le sujet:

*The Canadians brought them from France and, is it not among those laws that the governor may issue a lettre de cachet to send away whom he pleases, to shut up whom he pleases ? I know lettres de cachet are issued against persons not charged of any crime, not even suspected of any. Some reasons have, notwithstanding, operated to make a man invisible for a time. This law of France I take to be transplanted to Canada by this bill*¹⁷³.

Toutefois, « qui ne dit mot consent », selon le vieux dicton. Malgré la présence de plusieurs membres du gouvernement alors en Chambre, aucun ne s'est levé pour réfuter, corriger, ou nuancer cette sombre affirmation du député Dunning. Ainsi, en vertu des lois dites civiles du Canada, le roi d'Angleterre, pleinement subrogé dans certaines prérogatives du roi de France, aurait pleine autorité pour émettre des « lettres de cachet », ce qui lui aurait permis de porter atteinte à la liberté et à la sécurité de ses nouveaux sujets en certaines circonstances. Cette opinion tranchée de la part d'un juriste tenu en très haute estime pour ses qualités professionnelles constitue une indication de plus démontrant que, d'une part, les lois et coutumes du Canada, en tant que système complet, uniforme et cohérent, s'appliquaient à des questions de droit public très différentes des seuls rapports

¹⁷² *Debates in the year 1774, supra note 166 à la page 134.*

¹⁷³ *Ibid.* aux pages 21 et 22.

privés entre individus¹⁷⁴. De plus, les lords du gouvernement et leurs juristes n'avaient aucune intention de tenir compte des distinctions, proprement civilistes et inexistantes en common law, entre droit privé et droit public. Leur objectif était de conférer, à quelques exceptions près, un statut officiel et constitutionnel à l'ensemble des lois et coutumes qui constituaient l'ordre de droit légitime et familial des Canadiens. Ils tenaient à ce que tout changement substantiel aux lois et coutumes du Canada soit fait sur place en fonction des besoins de la population, et ce, sous l'autorité du gouverneur en son conseil¹⁷⁵. Nous l'avons déjà dit, et nous le répétons: ils ne voulaient aucunement s'engager dans un processus d'impérialisme juridique.

Le pouvoir contraignant des lois et coutumes du Canada

Les membres de l'opposition libérale à Londres n'étaient pas seuls à s'indigner de la supposée médiocrité et dangerosité des lois et coutumes du Canada. Les immigrants britanniques au pays étaient, pour leur part, anxieux à l'idée de perdre le privilège d'un ordre de droit qu'ils espéraient établi à leur seul avantage. Lorsque la nouvelle de l'adoption de la constitution du Canada leur est parvenue, ce fut la consternation parmi ces gens qui avaient jusque-là espéré l'imposition d'un système légal qui devait leur octroyer une suprématie sans égale sur les Canadiens. Toutefois, le Parlement aurait-il pu concéder des droits et privilèges exclusifs en faveur de ces immigrants ? On l'a déjà abordé au chapitre 5, cette hypothèse avait été soulevée explicitement par lord Mansfield, juge en chef, tel qu'il apparaît dans une note du 28 avril 1774 à l'intention de lord Dartmouth, alors secrétaire d'État aux colonies. Le juge en chef avait alors émis l'avis que tout octroi de droits ou de privilèges en faveur des Britanniques immigrés au Canada se devait d'être décidé par le Parlement lui-même, et ce, dans les termes les plus explicites afin de prévenir toute confusion dans l'interprétation du droit canadien:

¹⁷⁴ *Ibid.* à la page 139 où Francis Mazères, procureur général de la province de Québec, explique que l'expression "civil rights" inclut également les rapports entre le roi et ses sujets.

¹⁷⁵ *Ibid.* aux pages 11 et 12.

« *Quel que soit le mode d'exception à la loi positive générale qui sera adoptée, il devra, à mon avis, être clairement et formellement énoncé. C'est, je crois, l'intention de Votre Seigneurie de remettre en vigueur tout le droit canadien en matière civile et d'en faire le droit général de la province pour régir aussi bien la propriété d'un sujet anglais que celle d'un sujet canadien. Quant à ces lois elles-mêmes ou à leur mode d'application, si Votre Seigneurie a l'intention de faire des réserves à ce sujet en faveur des sujets britanniques, il faudra, à mon sens, indiquer clairement dans quel cas et dans quelles circonstances on pourra y avoir recours. Une réserve générale comme celle que la clause renferme n'aura aucun effet ou n'aboutira qu'à tout bouleverser car, si le Parlement ne trace pas une ligne de démarcation, je ne vois pas bien comment un juge pourrait le faire*¹⁷⁶. »

Mais le gouvernement britannique était réfractaire à l'idée de créer un précédent en ouvrant la voie à une politique de favoritisme colonial au bénéfice de ses ressortissants. Plus encore, afin de mettre un terme à toute idée d'un traitement de faveur, Edward Thurlow, procureur général, rappelait à la Chambre l'existence d'une règle de droit coutumier à l'effet que les immigrants ne pouvaient se transporter dans une nouvelle colonie avec leurs propres lois et qu'ils étaient tenus de se soumettre à l'ensemble des lois et coutumes de l'endroit:

« *When the Crown of Great Britain makes a conquest of any foreign established country, if it be true that it is an article of humanity and justice to leave the country in possession of their laws, then I say, if any English resorts to the country, they do not carry the several ideas of laws that are to prevail the moment they go there. It would just be as wise to say, if an Englishman goes to Guernsey, the laws of the city of London were carried over with him. To take the laws as they stand has been allowed. To act according to those laws, and to be bound by their coercion, is a natural consequence. In this view, I think the bill has done nothing obnoxious*¹⁷⁷. »

¹⁷⁶ Adam Shortt et Arthur Doughty, éd., *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, 2^e éd., Ottawa, Imprimeur de Sa Majesté, 1921, à la page 535.

¹⁷⁷ *Debates in the year 1774*, supra note 166 à la page 37.

Quant à Alexander Wedderburn, solliciteur général, il abondait dans le même sens devant les membres du Parlement. À son avis, les Britanniques immigrés au Canada devaient obéissance aux lois et coutumes de leur pays d'adoption, lesquelles constituaient « la loi de la terre », selon une vieille expression anglaise. Devant les parlementaires, il déclarait à ce sujet :

« *A great deal has been said with regard to the British subjects settled in Canada. Now, I confess that the situation of the British settler is not the principal object of my attention. I do not wish to see Canada draw from England any considerable number of her inhabitants. I think there ought to be no temptation held out to the subjects of England to quit their native soil to increase colonies at the expense of this country. If persons have gone thither in the course of trade, they have gone without any intention of making it their permanent residence and, in that case, it is no more a hardship to tell them 'this is the law of the land' than it would be to say to a man whose affairs induced him to establish himself in Guernsey, or in any other part of North America*¹⁷⁸. »

Cette volonté de ne laisser prise à aucun système de favoritisme allait même recevoir confirmation sur le plan judiciaire. Dans un jugement sans précédent en matière coloniale rendu la même année, *Campbell v. Hall*, lord Mansfield confirmait la primauté de cette règle de droit, laquelle, selon lui, faisait déjà l'unanimité parmi la communauté juridique. Ainsi, les immigrants britanniques ne pouvaient revendiquer quelque faveur, privilège ou droit de majesté que ce soit pour eux-mêmes dans les colonies où ils allaient s'installer ou faire des affaires :

« *The law and legislation of every dominion equally affects all persons and property within the limits thereof, and is the true rule for the decision of all questions which arise there: whoever purchases, sues or lives there, puts himself under the laws of the place, and in the situation of its inhabitants. An Englishman in Minorca or the isle of Man, or the plantations, has no distinct right from the natives while he continues there*¹⁷⁹. »

¹⁷⁸ *Ibid.* à la page 57.

¹⁷⁹ *Campbell v. Hall*, [1774] 20 State Trials, à la page 323.

Force était donc de constater que les autorités britanniques ont non seulement octroyé un statut officiel et constitutionnel aux lois et coutumes du Canada mais que, plus encore, ils ont écarté toute idée de les modifier afin de concéder des accommodements, des privilèges ou des droits coloniaux à leurs ressortissants ayant immigré au Canada. Cette décision n'avait rien de surprenant lorsque l'on considère que les conseillers juridiques du gouvernement et certains ministres étaient fort peu enthousiastes à l'idée d'invoquer le droit de conquête pour imposer une constitution à un peuple qui vivait déjà sous un système légal qu'ils considéraient eux-mêmes admirablement bien développé. C'est au XIX^e et au Canada que le « droit de conquête » et les allégations de privilèges en faveur de la « minorité historique anglaise » commenceront à marquer durablement les esprits. À propos d'un monument de notre droit constitutionnel que l'on retrouve toujours à l'article 92 (13) de la *Constitution de 1867*, quel est le sens originel et authentique de '*their Property, Possessions... and all other their Civil Rights*' ? L'examen se poursuit au chapitre suivant.



CHAPITRE 8

Le sens authentique des mots

*Chaque mot de la loi doit viser le vrai,
le bien, le juste et l'utile.*

Bien qu'ils aient divergé d'opinions quant au bien-fondé des intentions et au but poursuivi par le gouvernement, force est de constater que les parlementaires se sont exprimés avec précision, sans équivoque ni ambiguïté lorsqu'ils ont utilisé des termes du droit comme '*civil law*', '*property*' et '*civil rights*'. Tous ont attribué à ces mots le sens qu'ils possédaient dans le système juridique de l'Angleterre. Quoique conscients d'établir les bases de la constitution d'une province de tradition civile et française, tous ces parlementaires n'ont utilisé que des mots et expressions de leur droit pour traduire leurs opinions, favorables ou défavorables, du projet de loi. À l'exception du moment où il a été question des « lettres de cachet », aucun parlementaire n'a fait la moindre référence ou le moindre emprunt à des expressions ou à des mots du droit français. Il n'y a donc eu aucune équivoque pour des raisons de vocabulaire. Bref, tous ont parlé essentiellement la même langue, c'est-à-dire la langue du droit anglais.

Par exemple, lorsqu'ils ont utilisé l'expression '*civil law*', chacun lui a attribué l'un des sens qu'elle pouvait avoir dans le système juridique de l'Angleterre. La même constatation s'impose à l'égard des expressions '*property*' et '*civil rights*' qui ont été employées par de nombreux orateurs au cours des débats.

En ce qui concerne l'expression '*civil law*', il est important de retenir, dans un premier temps, qu'elle ne permet jamais, dans le droit anglais, de distinguer le droit privé du droit public; tous les juristes anglais de l'époque rejettent une telle division qu'ils jugent arbitraire. La seule division qu'ils reconnaissent dans leur droit est celle entre '*common law*' et '*equity*'. L'idée d'un '*civil law*' au sens français du terme leur est étrangère¹⁸⁰. Les parlementaires ont donné à l'expression '*civil law*', d'usage courant en Chambre, le sens qu'elle avait acquise dans la foulée des philosophies politiques du XVII^e siècle, la mettant au cœur d'un ordre de droit supposément apparu au moment où les hommes seraient passés de l'état de nature à l'état civil. Les lois civiles seraient le résultat d'une maturation des rapports juridiques au fil du temps. Naturelles à l'origine, ces lois seraient devenues graduellement civiles. Soulignons toutefois que l'adjectif '*civil*', emprunté au langage des romanistes, n'a rien à voir avec la tradition du droit civil romain dont fait partie le droit civil français.

La compréhension du sens de l'expression '*civil law*' en droit anglais fait quelquefois problème, compte tenu qu'elle est polysémique et que son sens ne se précise que placé dans un contexte donné. Ainsi, dans son acception la plus courante, l'expression '*civil law*' désigne l'ensemble des lois et coutumes de leur ordre temporel et juridique afin de les distinguer des lois ecclésiastiques ou du droit canon propres à l'Église catholique. Il faut se souvenir que dans chaque royaume au Moyen Âge le monde était divisé entre le temporel et le spirituel: les rois, possédant des pouvoirs temporels, et l'Église, possédant des pouvoirs spirituels. Chaque ordre possédait alors ses propres lois.

Toutefois, l'évolution des idées politiques et juridiques s'est traduite le plus souvent par l'apparition graduelle de nuances et de distinctions dans le vocabulaire, mais pas forcément par la création de nouveaux mots. Ainsi, à la fin du Moyen Âge, on parle de moins en moins des pouvoirs « temporels » du roi, mais beaucoup plus de ses pouvoirs « civils », c'est-à-dire de ses pouvoirs qui prennent leur

¹⁸⁰ John Austin, *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of positive Law*, Vol. II, Verlag Detlev Auvermann KG, p. 244 à 251.

source dans les coutumes et les statuts du royaume. Pour ce qui est de l'Église, ses pouvoirs dits spirituels laissent graduellement la place aux lois ecclésiastiques et au droit canon¹⁸¹. En conséquence, les mots « temporel » et « spirituel », sans tomber dans l'oubli, se font de plus en plus rares dans le langage politique et juridique.

En plus de distinguer les lois civiles des lois ecclésiastiques, l'expression '*civil law*' prend parfois d'autres nuances, à première vue indéterminées, que seul le contexte permet de préciser. Ainsi, mise en relation avec le droit criminel, l'expression '*civil law*' désigne tout le droit anglais autre que criminel; mise en relation avec le droit martial, elle désigne tout le droit anglais autre que martial ou militaire; mise en relation avec le droit de l'amirauté, elle désigne tout le droit anglais autre que celui de la marine de guerre¹⁸². En fait, l'expression '*civil law*', mise en relation avec toute autre partie du droit anglais, est moins une opposition inhérente qu'une distinction dictée par les circonstances.

Si d'aventure un juriste anglais veut faire référence au « droit civil » en tant que système particulier de la France ou ailleurs en Europe, il utilise, selon le cas, des expressions comme '*french civil law*', ou encore '*roman civil law*'. Tout dépendra du contexte ou du locuteur, mais le droit civil français ne sera jamais désigné ou traduit par '*civil law*' ou '*civil right*'. Les juristes anglais de l'époque ont d'ailleurs de bonnes notions du droit civil en tant que système juridique commun à l'Europe. Certains, tels lord Mansfield et lord Wedderburn, avaient d'abord été formés au droit civil avant de passer à l'étude du droit anglais. En conséquence, et contrairement à l'expression « droit civil » du système français, l'expression '*civil law*' n'a pas de sens unique et invariable. Elle constitue une expression polysémique dont le sens ne se précise que placé dans un contexte donné. En présence de textes juridiques anglais du XVIII^e siècle, la prise en compte du contexte est donc déterminante pour comprendre le sens de '*civil law*'.

¹⁸¹ Raymond Polin, *Hobbes, Dieu et les hommes*, P.U.F., aux pages 56 à 58.

¹⁸² Austin, *ibid.* à la page 753: "the word civil has about twelve different meanings; it applied to all manner of objects which are perfectly disparate. As opposed to criminal, it ..."

❖ *L'expression 'civil rights'*

Quant à l'expression '*civil rights*', popularisée par le langage politique du XVII^e siècle, son inclusion dans l'Acte de Québec en fait une nouveauté dans le lexique du droit anglais. Ainsi que nous l'avons vu plus haut, cette expression propre aux idées politiques est apparue dans la troisième version du projet. À ce moment, il fallait préciser que les lois et coutumes du Canada reconnues par le Parlement ne seraient que celles de la société civile, et ce, pour éviter que le mot '*law*' ne soit interprété comme incluant les lois ecclésiastiques mises en vigueur au Canada à partir de 1663. Lord Mansfield avait salué cet ajout après son examen de la troisième version. Dans une note à ce sujet, il avait fait observer qu'il s'agissait là d'une initiative utile et prudente qui avait le mérite de clarifier l'intention du législateur et d'éviter toute équivoque. Comme il a été dit précédemment, il était essentiel, pour se plier au droit anglais relatif à la souveraineté, d'éliminer toute possibilité qu'un justiciable canadien puisse un jour invoquer la juridiction du pape ou traiter publiquement de questions exclusives au droit canon. En vertu du droit anglais, il était essentiel d'écarter toute prétention d'une quelconque juridiction du pape sur le Canada. D'où les '*civil rights*' apparus dans la troisième version du projet. Mais l'idée n'était nullement de réduire les lois et coutumes du Canada au droit civil au sens français du terme. Bien au contraire.

À la lumière des interventions en Chambre du premier ministre North, du solliciteur général Wedderburn et du procureur général Thurlow, il ressort que le gouvernement était résolu à reconnaître l'ordre de droit originel des Canadiens fondé sur leurs anciennes lois et coutumes, à l'exclusion de leur droit criminel et de toute loi incompatible avec l'exercice de la souveraineté britannique. Lorsque, à maintes reprises, pressés par des membres de l'opposition en Chambre de désigner nommément les lois remises en vigueur, les représentants du gouvernement ont invariablement répondu qu'ils trouvaient inopportun de s'attarder à donner des précisions que, d'ailleurs, ils admettaient ne pouvoir connaître précisément. Pour eux, il n'y avait pas

nécessité de le faire, puisque les droits reconnus étaient essentiellement des projections de ces lois. Leur intention n'était pas d'octroyer aux Canadiens quelques lois particulières, mais de reconnaître un ordre de droit qui leur était légitime et familier. En renonçant à toute forme d'impérialisme juridique, la reconduction des lois et coutumes du Canada constituait un acte de justice et un choix politique judicieux, tant à l'avantage des Canadiens que de celui de leur nouveau souverain qui n'avait aucun intérêt à créer du désordre là un régnait déjà un ordre de droit stable.

Pour des raisons évidentes de justice, les conseillers juridiques de Sa Majesté et les lords du gouvernement étaient donc peu intéressés à se prévaloir du concept – fort peu juridique et qu'ils trouvaient d'ailleurs gênant – de droit de conquête. À cette époque, les Anglais n'avaient pas encore pris l'habitude de se considérer comme des conquérants et des impérialistes. Les lords du gouvernement étaient encore nombreux à se voir comme des Européens, c'est-à-dire comme des membres à part entière de l'élite du siècle des Lumières.

Sur le plan politique, l'Acte de Québec s'inscrivait également dans un contexte d'insécurité grandissante. D'une part, l'Angleterre avait perdu en Europe la totalité de ses alliances stratégiques; de l'autre, ses colonies américaines avaient amorcé une importante réflexion qui remettait en cause la nature de leur dépendance à l'endroit de la mère patrie. Un meilleur équilibre dans le jeu des acteurs s'imposait. Afin de conforter le poids politique du Canada – leur nouvel et probablement leur seul allié –, les lords du gouvernement avaient jugé salutaire d'établir un lien de confiance avec sa population par une reconnaissance explicite de ses lois et coutumes. Par suite des témoignages d'officiers britanniques ayant servi au Canada, ils voyaient davantage les Canadiens comme des alliés de premier ordre pour garantir la paix et l'établissement de bons rapports avec les Indiens que comme des conquis que les petits coloniaux établis à Québec et à Montréal étaient trop pressés d'élever dans l'échelle de civilisation anglo-saxonne. La question d'une quelconque supériorité du conquérant n'a jamais été prise en compte par les lords du gouvernement. Cette idée de supériorité ne fleurira et ne s'imposera qu'au Canada; elle sera

l'œuvre des petits coloniaux et de leur progéniture pour essayer de justifier leur prétention à imposer leurs « droits de conquérants » dans leur pays d'accueil. D'ailleurs, ni le droit international coutumier ni même le droit anglais ne reconnaissent à l'époque un supposé droit de conquête. Une conquête n'était considérée juste que dans les rares cas où elle permettait de mettre fin à une grave injustice que subissait le conquérant. D'où le questionnement sur la justice de la conquête de 1759. Nous avons traité de ce sujet dans plusieurs articles dont *La guerre: acte de justice ou acte criminel*, mis en ligne le 21 mai 2018.

Dominer est un instinct naturel difficile à réprimer

Au Québec, cette nouvelle constitution sera fort mal accueillie par les petits coloniaux. Ils diront tout de suite que l'Acte de Québec était imprécis et prêtait à confusion. Les juges coloniaux auront même l'outrecuidance de reprocher aux lords du gouvernement, dont tous étaient des juristes de haut niveau, de n'avoir rien compris au vocabulaire de leur propre droit. L'expression '*civil rights*' sera tout particulièrement prise en grippe. Furieux de la reconduction d'un ordre de droit qui mettait en péril leur rêve de s'imposer en maîtres en pays conquis, ils vont s'empresse de dénaturer le sens de l'expression '*civil rights*'. Sans rien connaître des travaux et des débats sur le sujet, ils auront l'outrecuidance de prétendre que le Parlement n'avait voulu reconnaître que le droit privé de la tradition civile et française tel qu'il existait au Canada avant la Proclamation royale du 7 octobre 1763. Il s'agissait tout au plus de la Coutume de Paris et de quelques lois particulières adoptées depuis 1663 pour la compléter. Cet impérialisme juridique de la magistrature coloniale aura d'ailleurs une longue et belle carrière. En fait, il fleurit encore tous les jours au Québec et règne même en maître à la Cour suprême du Canada, où la connaissance du français n'a toujours été qu'un atout, et ce, même dans les causes du Québec, où toutes les pièces du dossier d'appel sont en français.

Pourtant, on l’a déjà dit, mais on va le répéter, l’étude de la documentation préparatoire, des déclarations des parlementaires, des écrits d’auteurs réputés, démontrent que l’expression ‘*civil rights*’, au-delà de la nécessité d’éviter la reconduction du droit ecclésiastique, a été utilisée en référence à l’ensemble des droits subjectifs protégés par l’État au sein de la société civile. Ce sens dérivé, en usage d’abord et avant tout dans le langage politique, avait été popularisé dans des doctrines portant sur le contrat social, l’état de nature, et même le « droit de la nature et des nations » du droit anglais. L’un des principaux ouvrages de Hobbes ne portait-il pas un titre éloquent: ‘*Leviathan, or the Matter, Form and Power of a Commonwealth ecclesiastical and civil*’ ? Et Georges III, lors de son couronnement, n’avait-il pas prêté serment de protéger les droits « tant civils qu’ecclésiastiques » de ses sujets ?

Plus encore, en procédant par l’emploi d’une expression spécifique aux droits subjectifs, le législateur introduisait une approche à la fois abstraite et déductive qui faisait des droits des projections directes des lois existantes. Ainsi, les ‘*civil rights*’ des Canadiens prenaient leur source dans les lois et coutumes du Canada, tout comme les ‘*civil rights*’ des Anglais prenaient leur source dans les lois et coutumes de l’Angleterre. Le juge en chef, lord Mansfield, avait pris la peine de confirmer que le choix de cette expression constituait une initiative prudente qui permettait de restaurer les anciennes lois et coutumes des Canadiens tout en excluant celles d’origine ecclésiastique¹⁸³. À la lumière également des déclarations concordantes de lord North, du solliciteur général Wedderburn et du procureur général Thurlow, nul doute ne pouvait subsister quant à leur intention de reconnaître aux Canadiens la plénitude de leurs ‘*civil rights*’ compris au sens authentique du terme.

Lorsque l’opposition a sommé les lords à plusieurs reprises de désigner nommément les lois canadiennes remises en vigueur, ils s’en sont tenus à leur intention de reconnaître le système juridique

¹⁸³ Shortt et Doughty, version anglaise à la page 550, où lord Mansfield écrit: “The cautious use of the words *civil Rights* in the clause that restores them to their old Laws & customs, seems to distinguish & exclude Ecclesiastical ones.”

des Canadiens, ajoutant que toute question relative à son contenu précis serait mieux évaluée par les personnes en autorité au Canada. Bref, si leur intention avait été de ne s'en tenir qu'au « droit civil » au sens de la tradition civile et française, il aurait été tout à leur avantage de le reconnaître à la première occasion, puisqu'une telle admission aurait eu pour effet d'abrégé les débats au Parlement et de réduire à peu de choses la colère des ténors de l'opposition. Tous, dans la Chambre, comprenaient fort bien que le gouvernement était loin de vouloir s'en tenir à la reconnaissance de la Coutume de Paris et des quelques lois adoptées au cours des ans pour la compléter; il voulait plutôt reconnaître tout le droit des Canadiens en tant que dépôt légitime de leur expérience juridique en Amérique du Nord.

❖ *Their property, possessions... and all other their civil rights*

Bien entendu, une certaine difficulté surgissait du fait que cette loi, écrite en anglais par un législateur de tradition de common law, était adressée à une population française de tradition civile. La compréhension des concepts techniques et abstraits d'une tradition légale par une autre ne procède pas d'évidence. Bien au contraire. Examinons quelques exemples pour s'en convaincre. Ainsi, la traduction en français du mot '*property*' pose déjà une difficulté de taille, puisque son homographe, « propriété », n'est pas un équivalent valable. Chacun exprime une réalité distincte. Au Moyen Âge, les principes de l'organisation féodale française avaient été importés en bloc en Angleterre. Toutefois, les coutumes féodales ne sont jamais devenues identiques dans les deux royaumes, et ce, malgré la ressemblance des attributs de la possession de la terre et les liens de fidélité entre un seigneur et ses vassaux. Compte tenu que la langue française avait été la langue originelle du droit anglais, et qu'elle l'est demeurée jusqu'à son interdiction en 1731, les termes juridiques ont pris des nuances, parfois des sens très différents. Le vocabulaire du droit étant par nature abstrait, technique et précis, il s'ensuit nombre de dérives sémantiques qui constituent des pièges en matière de traduction. Il est donc essentiel d'éviter de reprendre les mêmes mots pour désigner

des réalités qui ne sont pas équivalentes. Il est en effet inapproprié, voire imprudent, de vouloir traduire le mot ‘property’ par son homographe français « propriété ». Le risque d’équivoque est en ce cas évident. À titre d’exemple, référons-nous à la clause principale de l’Acte de Québec, où un faux-pas a rapidement été commis par notre magistrature coloniale dans l’interprétation de l’expression *Property and Civil Rights*, que l’on retrouve aujourd’hui à l’article 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Une courte analyse permet de s’en rendre compte. Examinons.

La structure syntaxique de l’unité de base se présente comme suit:

*That all His Majesty’s Canadian Subjects
may hold and enjoy
their Property, Possessions...
And all other their Civil Rights*

On voit tout de suite que le mot *property* est au singulier, et que *possession* est au pluriel. La différence est justifiée compte tenu que l’anglais emploie souvent au sens collectif des mots qui restent au singulier. Il n’y a pas de doute que le mot *property*, au singulier, ne résulte pas d’une erreur de transcription et est conforme à la langue anglaise. Dans les versions précédentes et à d’autres endroits du projet, le mot *property* apparaît invariablement au singulier, tandis que *possession* reste au pluriel. Ce choix implique que les rédacteurs ont, d’une part, employé le mot *property* dans son sens collectif et indéterminé, et qu’ils ont, de l’autre, donné à *possession* un sens spécifique et déterminé. Il y a donc cumul d’un nombre indéterminé de biens sur lesquels ils ont la propriété exclusive, et d’autres, déterminés, dont ils ont la possession¹⁸⁴.

¹⁸⁴ John Austin, *supra note 181*, aux pages 789 et 790: “I think in England Law, unless used vaguely and popularly, the term property is not applied to rights in immovables. We talk of property in movable thing. [...] In strict language, the term is not applied to a right or interest in immovable. An estate in fee simple, an estate in tail, an estate for life and so on, but never a property, speaking strictly.” Et à la page 791: “for the largest possible meaning, property means legal rights or faculties of any kind, as when we talk of the institution of property, or a security to property...”

À cette époque, le mot *property* a un sens collectif et indéterminé; il désigne toute espèce d'acquisition dans laquelle quelqu'un a un intérêt ou un droit « propre ». Certains l'utilisent pour désigner des droits intangibles comme, par exemple, un titre de noblesse ou un droit de vote. Pour singulariser un tel droit, on utilise le plus souvent un singulatif comme dans *a piece of property*. Les juristes ne l'emploient jamais pour désigner des immeubles, comme on fait en français lorsque l'on veut désigner un ou plusieurs immeubles. En ce cas, la donnée équivalente serait l'usage du mot *estate*. Le mot *property* désigne donc, au sens collectif, une totalité de biens « propres », tant tangibles qu'intangibles. En fait, le mot *property* des Anglais est resté plus proche de son origine latine qui désigne le caractère « propre » de biens individualisés.

Quant à l'adjectif *civil*, il sert ici à qualifier la nature exacte de ces droits. Les autres droits des Canadiens, soit les droits naturels, spirituels, ecclésiastiques, etc., sont ignorés, voire exclus. Il ne s'agit donc que de leurs seuls droits dits *civils* au sens anglais du terme.

S'ajoutent ensuite trois marqueurs grammaticaux qui indiquent la possession et l'étendue: *and all other their civil rights*. Premièrement, le possessif *their* indique que ces droits sont précisément ceux des sujets canadiens de Sa Majesté; deuxièmement, l'adjectif indéfini *other* traduit une addition, un ajout à leurs *Property and Possessions*; et troisièmement, l'indéfini *all* transforme cette pluralité en une universalité numérique: *and all other their Civil Rights*. On ne pouvait être plus précis et inclusif. Il n'y a, dans cette unité sémantique, aucune réserve ni exception à la reconnaissance de leurs droits qualifiés de *civils*; il est explicitement établi que les Canadiens continueront à jouir de la totalité des droits – civils – qu'ils possédaient avant la conquête. Plus encore, ces droits prennent leur source dans les lois et coutumes du Canada. Alors que penser de cet impérialisme juridique qui, depuis 1774, s'entête à dire, à écrire, à répéter que cette expression ne concernait que les intérêts privés et civils au sens de la Coutume de Paris ?

Au XVIII^e siècle, époque qui nous concerne, le mot *property*, dans son sens collectif et indéterminé, est très différent du mot français *propriété*, qui ne porte que sur le droit des biens. Il désigne

une pluralité d'intérêts et de droits, tangibles et intangibles. À la fin du siècle précédent, John Locke avait d'ailleurs attribué un sens collectif, tangible et intangible, au mot *property*, afin de désigner les droits les plus importants garantis à chacun au sein de la société civile: *[Every Man] is willing to join in Society with others [...] for the mutual Preservation of their Lives, Liberties and Estates which I call by the general Name, Property*. À n'en pas douter, pour ce philosophe des idées politiques, le sens collectif du mot *property* désignait l'ensemble des droits civils placés au sommet de la hiérarchie des droits subjectifs. D'autres auteurs de l'époque n'hésitaient pas à inclure la vie et la liberté à l'intérieur de ce terme.

Pour ajouter à cette explication, William Blackstone, professeur de droit et juriste fort réputé à l'époque de l'Acte de Québec, attribue lui aussi, mais sans aller aussi loin que Locke, un sens collectif au mot *property*. Selon lui, ce mot désigne un ensemble de droits, corporels et incorporels, parmi les mieux protégés au sein de la société civile. Il ne s'agit pas, comme chez Locke, d'une universalité, mais d'une pluralité de droits. Au chapitre introductif de son ouvrage célèbre, *Commentaries on the Laws of England*¹⁸⁵, Blackstone qualifie d'absolus les droits subjectifs les plus sacrés. Ces droits absolus sont: a) la sécurité personnelle¹⁸⁶ – qui inclut la vie, l'intégrité corporelle, la santé et la réputation –, b) la liberté¹⁸⁷, et c) la *property*¹⁸⁸. Le mot *property* est là encore utilisé au singulier, dans son sens collectif, pour désigner une pluralité de droits et d'intérêts personnels.

Au livre II de ses '*Commentaries*' portant sur le droit des biens, le mot *property*, toujours au singulier, n'est plus uniquement qualifié de droit absolu; cette fois, ce droit est également *civil*, reconnu par une longue et vieille tradition¹⁸⁹. Ajoutons que, bien que Blackstone traite de *real property* dans son ouvrage, tout juriste de droit civil doit porter attention aux ressemblances graphiques et

¹⁸⁵ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford Press, 1765; John Locke, *Two treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.

¹⁸⁶ William Blackstone, *supra note 186*, Livre I, à la page 125.

¹⁸⁷ *Ibid.* page 130.

¹⁸⁸ *Ibid.* page 134.

¹⁸⁹ *Ibid.*, Livre II, à la page 11.

éviter de glisser dans le piège des calques faciles, mais traîtres. L'expression *real property* ne désigne pas le droit d'user, de jouir et de disposer d'un immeuble, comme en droit civil, mais réfère à un type particulier d'action en justice pour réclamer et récupérer des droits traditionnellement bien protégés, y incluant ceux découlant de la possession des immeubles. Rappelons qu'à cette époque personne n'est, en Angleterre, propriétaire d'un bien-fonds ou d'une bâtisse au sens propre. Tout droit ou intérêt juridique sur un immeuble se nomme *estate*, et non *property*. Seul le roi est propriétaire immobilier. Cette règle vient du droit féodal. À part lui, tous les autres n'ont que des intérêts protégés par la loi sur les immeubles dont ils ont la possession. Il n'y a donc qu'un seul véritable propriétaire immobilier en Angleterre, c'est le roi.

Force est de constater que l'Acte de Québec a été rédigé avec habileté et prudence par les meilleurs juristes du gouvernement. Sous la direction des ministres qui avaient préalablement préparé et fixé le contenu du projet, ils n'ont fait aucun mystère de leur intention de produire un texte précis, rigoureux, étanche, avec d'idée d'écarter tout risque d'équivoque, ou d'interprétation absurde comme dans le cas de la Proclamation royale.

Si l'intention des autorités britanniques avait été de ne reconnaître aux Canadiens qu'une simple pluralité de droits réels mobiliers et immobiliers, prenant leur source dans la Coutume de Paris, il aurait pu le dire le plus simplement du monde. Il aurait pu ainsi utiliser une formulation très différente comme dans l'exemple suivant: *That His Majesty's Canadian Subjects [...] may hold and enjoy their Possessions, Landed Estates and Chattles* et, surtout, éviter d'ajouter: *and all other their Civil Rights*. En ce cas, rien n'aurait été plus clair si l'intention avait été de ne reconnaître qu'une pluralité déterminée de droits réels mobiliers et immobiliers. En droit français, le mot *propriété* désigne le droit d'user, de jouir et de disposer de ses biens, tant meubles qu'immeubles; alors que, dans l'Angleterre du XVIII^e siècle, l'usage est de recourir au mot *estate*, ou à ses variantes *landed estate*, *estate in fee simple* ou *estate in tail*, pour désigner un droit sur une habitation, un fonds de terre, un immeuble particulier.

Bref, l'ensemble des circonstances démontrent que lorsque les juristes de Sa Majesté ont écrit: *That all His Majesty's Canadian Subjects [...] may hold and enjoy their Property, Possessions, [...] and all other their Civil Rights*, leur intention était de désigner une universalité de 'civil rights' dont les plus importants sont, conformément à la terminologie de William Blackstone: a) la sécurité personnelle – qui inclut la vie, l'intégrité corporelle, la santé et la réputation – , b) la liberté, et c) la propriété individuelle, aussi bien intangible qu'intangible, des Canadiens.



CHAPITRE 9

La langue officielle du Québec en 1774

Les hommes qui forment une communauté politique n'y entrent que sur un pied d'égalité.

Force était donc de constater que les autorités britanniques avaient non seulement octroyé un statut officiel et constitutionnel aux lois et coutumes du Canada, mais que, plus encore, ils avaient écarté toute idée de les modifier afin de concéder des privilèges ou des droits coloniaux à leurs ressortissants ayant immigré au Canada. Cette décision n'avait rien de surprenant lorsque l'on considère que les conseillers juridiques du gouvernement et certains ministres étaient fort peu enthousiastes à l'idée d'invoquer le « droit de conquête » pour imposer une constitution à un peuple qui vivait déjà sous un ordre de droit qu'ils considéraient eux-mêmes comme admirablement bien développé. C'est au XIX^e, et au Canada tout particulièrement, que le « droit de conquête » et certaines allégations des « droits de la minorité anglaise » commenceront à marquer durablement les esprits. À propos d'une question qui est encore d'actualité, que prescrivaient alors les lois et coutumes du Canada en matière de langue ?

Sans le déclarer nommément, le Parlement britannique avait tranché la question de la langue au Canada. L'autorité des lois et coutumes reconduites par l'Acte de Québec s'imposait uniformément aux personnes et aux biens à l'intérieur de la province. Or, il se trouve que, de toutes les lois et coutumes du Canada, *l'Ordonnance de Villers-Cotterêts*, mise en vigueur en février 1663, constituait la loi fondatrice de la primauté et de l'exclusivité du français dans la

vie publique¹⁹⁰. Pour ce qui est de la langue anglaise, elle obtenait, de par la cession, une reconnaissance limitée du fait que certaines lois politiques et criminelles anglaises trouvaient à s'appliquer dans la province¹⁹¹. Mais, sauf nécessité pour les tribunaux de prendre judiciairement connaissance du contenu de ces lois, les immigrants britanniques étaient, à tous égards, dans une situation juridique identique à celle des Canadiens. Ni la cession du Canada ni l'Acte de Québec n'ont, en matière linguistique, altéré les prescriptions de *l'Ordonnance de Villers-Cotterêts*. L'usage circonstanciel d'une autre langue à l'intérieur de la province ne lui octroyait aucun statut officiel.

Lord Mansfield avait d'ailleurs été clair sur le sujet en affirmant que tout octroi de droits ou de privilèges aux immigrants britanniques au Canada devait se faire au moyen d'une loi expresse du Parlement de Westminster. En Angleterre, par exemple, bien que le latin ait été la langue des chartes et des statuts pendant près de trois siècles, aucun juriste ou constitutionnaliste de ce pays n'a jamais prétendu que le latin était devenu, pour autant, la langue officielle du royaume. Le silence du Parlement de Westminster constituait en quelque sorte la preuve que la langue anglaise ne devait jouir d'aucun privilège au Canada. D'ailleurs, à une certaine époque de l'histoire de l'Angleterre, le Parlement de Westminster avait dû adopter une loi expresse afin d'autoriser les Anglais – chez eux en Angleterre – à utiliser leur langue maternelle devant leurs propres tribunaux à la place du français qui avait été langue commune pendant des siècles¹⁹².

¹⁹⁰ La grande Ordonnance de Villers-Cotterêts sur le fait de la justice et l'abréviation des procès a été adoptée en 1539 sous François I^{er}. Cette ordonnance, qui faisait du français la seule langue officielle du royaume de France, a été mise en vigueur au Canada en février 1663. L'adoption de l'Acte de Québec par le Parlement impérial a eu pour effet d'en assurer la pérennité à l'intérieur des frontières de 1774. Aujourd'hui, l'usage du français, à l'intérieur des frontières de 1774, demeure un droit civil protégé par l'article 92 (13) de la Loi constitutionnelle de 1867.

¹⁹¹ *Debates in the year 1774*, à la page 11, où lord North, conformément à l'usage de l'époque, utilise l'expression "political law" pour exprimer ce que nous appelons aujourd'hui "constitutionnal law". Dans le même sens, William Blackstone, dans ses Commentaires, utilise presque exclusivement l'expression "political law".

¹⁹² 36 Edward III, c. 15. "Pour les causes susdites ordeigne & establi del assentiment avantdit que toutes plees qui seront a pleder en ses Courts quelconques, devant ses Justices quelconques ou devant ses autres Ministres quelconques ou en les Courts & places des autres seigneurs quelconques dans le royaume, soient pledez, monstrez, defendez, debitez & jugez en la lunge angleise."

Le Parlement impérial, en reconnaissant la pleine autorité des lois et coutumes du Canada, n'a donc pas jugé opportun de modifier le statut du français pour octroyer des privilèges à l'avantage des Britanniques établis au Canada. Conformément à l'avis précité mentionné de lord Mansfield, il aurait fallu, pour modifier le statut légal du français, que le Parlement octroie expressément des réserves de droits indiquant dans quelles circonstances les petits coloniaux seraient habilités à utiliser leur langue maternelle dans certains actes publics pour se soustraire à la force contraignante des lois et coutumes du Canada. Malgré bien des chicanes sur la question de la langue, l'*Ordonnance de Villers-Cotterêts* n'a jamais été modifiée, suspendue ou abrogée. Or, une loi demeure une loi tant et aussi longtemps qu'elle n'a pas été abrogée formellement par l'autorité législative compétente¹⁹³. En conséquence, l'Acte de Québec n'a rien changé au statut du français. Bien au contraire.

❖ *L'histoire du français langue commune en Angleterre*

Plus encore, aucune règle ne pouvait être déduite de la langue présumée du nouveau souverain puisque, depuis Guillaume I^{er}, les quarante-deux rois et reines à avoir régné sur l'Angleterre ont tous eu le français comme langue première ou langue patrimoniale. Le premier souverain à s'exprimer aisément en anglais a été Richard II, monté sur le trône en 1377. Ainsi, à partir du XI^e siècle, les souverains anglais, des siècles durant, ont utilisé le latin, puis exclusivement le français comme langues écrites de leurs actes publics. En ce qui a trait à la langue parlée, le roi ne s'entretenait avec ses lords qu'en français, seule langue commune du royaume. L'anglais n'existait alors que sous formes dialectales. Quant au latin, seuls les clercs et quelques rares lettrés le connaissaient. Le français a donc joué pendant des siècles le rôle de langue commune en Angleterre.

¹⁹³ L'histoire juridique de l'Angleterre est pleine de rebondissements où des lois oubliées depuis plus de cinq siècles ont été invoquées et plaidées avec succès devant les tribunaux.

De nos jours encore, la procédure parlementaire en Angleterre continue à commémorer rituellement bien des symboles de cette vieille et longue tradition¹⁹⁴. Par exemple, lorsqu'un bill est voté par la Chambre des communes, la procédure parlementaire oblige le greffier à l'inscrire en français sur la page frontispice¹⁹⁵. La même procédure s'applique lorsque le bill est adopté par la Chambre des lords. Et, lorsque vient le moment pour la reine de donner son consentement à un bill adopté par les deux Chambres, la procédure l'oblige à le faire en français¹⁹⁶. De telle sorte qu'un consentement donné par erreur en anglais serait tenu pour nul de nullité absolue. Par la suite, lorsqu'un bill ou plusieurs bills ont reçu l'assentiment royal, le greffier revient en informer les Chambres conformément à la procédure de rigueur, c'est-à-dire en français¹⁹⁷. Finalement, lorsque les Communes et les lords remercient la reine d'avoir accordé son consentement à un bill voté par les deux Chambres, ils le font encore en français¹⁹⁸.

La singularité du cheminement linguistique de l'Angleterre éclaire bien des aspects de son histoire et de l'évolution de ses institutions. En ce sens, compte tenu du poids de l'histoire et de l'autorité considérable des traditions anglaises sur notre droit public et constitutionnel, un bref rappel des grandes lignes de ce parcours, qui nous concerne d'une certaine façon, permettra de comprendre quel rôle la langue française a joué dans le développement de ses institutions et pourquoi, encore aujourd'hui, cette langue est toujours considérée comme faisant partie du patrimoine légal et constitutionnel de la monarchie en Angleterre.

¹⁹⁴ *Erskine May's Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 23^e éd., Lexis Nexis UK, 2004.

¹⁹⁵ *Ibid.* à la page 651.

¹⁹⁶ *Ibid.* aux pages 652-654.

¹⁹⁷ *Ibid.* à la page 653.

¹⁹⁸ La question peut paraître ironique au Canada, mais tout au long de l'histoire de l'Angleterre, jamais un souverain n'a donné son consentement à une loi dans une autre langue que le français.

La langue patrimoniale de la monarchie

Seule une parfaite ignorance de l'histoire de l'Angleterre peut conforter l'opinion qu'il existerait une sorte de répulsion immanente et irrésistible à ce qui est, de part et d'autre, français et anglais, et que cet antagonisme remonterait aussi loin qu'à la guerre de Cent Ans, pour ne pas dire jusqu'à la nuit des temps. Depuis des temps immémoriaux, les Anglais auraient, selon cette vue de l'esprit, été réfractaires à tout ce qui était français, et cet état d'esprit se serait transporté tout naturellement au Canada après le changement de régime. La réalité contredit cette vision des choses.

Pour autant qu'il est permis de le constater à la lecture des anciennes chroniques, de l'histoire et de la littérature, les Anglais n'ont jamais fait preuve chez eux de mépris viscéral à l'endroit de la langue et de la civilisation française. Bien au contraire. C'est oublier trop facilement que, pendant des siècles, les Anglais et les Français ont partagé la même langue, la même culture, la même religion, la même civilisation et, dans une certaine mesure, la même histoire.

Cependant, c'est au Canada qu'un antagonisme colonial et viscéral prendra forme pour s'introduire et s'incruster dans la culture générale et identitaire du Canada majoritaire, qui s'est toujours fait un devoir de mener la guerre à tout ce qui est français. Sauf quelques exceptions bien marquées comme celle de lord Durham qui avait cru séduire les Canadiens en leur faisant les honneurs de sa langue, il demeure que les Anglais d'Angleterre sont restés étrangers à la tradition de dénigrement de la langue et de la culture françaises au Canada. À titre d'exemple, aucun juriste anglais, de quelque époque que ce soit, n'aurait été en mesure de comprendre l'étrange mépris pour la langue française qui règne à la Cour suprême du Canada depuis sa création en 1875. D'ailleurs, à l'époque de l'Acte de Québec, les lords anglais étaient encore nombreux à parler français entre eux lors de certaines activités ou cérémonies. À titre d'illustration, voyons d'abord les rapports qui se sont forgés initialement en Angleterre entre la langue et le droit.

Les rapports entre la langue et le droit

Au cours du Moyen Âge, les premiers statuts du royaume et les chartes des libertés sont adoptés en latin, comme c'est d'ailleurs le cas partout en Europe. Seul le latin jouit d'un statut de langue écrite, savante et universelle. Toutefois, sous le règne d'Édouard I^{er}, à partir de 1275, les statuts du Parlement de Westminster commencent à être adoptés dans la langue commune du pays, c'est-à-dire le français¹⁹⁹. Jusqu'en 1325, le latin et le français sont utilisés concurremment. À ce moment, le latin cède entièrement sa place au français qui, d'ailleurs, est la seule langue des débats au Parlement de Westminster. En 1487, alors que la langue anglaise amorce une métamorphose qui en fera graduellement la nouvelle langue commune du royaume, le français cède à son tour sa place au Parlement, mais le conserve dans la judicature. À titre de comparaison entre la France et l'Angleterre, le latin ne cédera sa place au français en France qu'en 1488, soit deux cent treize ans après les premiers statuts adoptés exclusivement en français par le Parlement de Westminster.

La langue judiciaire

Sur le plan judiciaire, le français a supplanté le latin bien plus précocement encore, puisque le fonctionnement des institutions féodales anglaises s'est toujours déroulé en français. La langue anglaise ne pouvait avoir droit de cité à la cour du roi, puisqu'elle n'était connue que sous formes dialectales et que le vocabulaire technique du droit féodal était essentiellement français. Devant les cours de justice royale, et dans la plupart des cours de barons, les procès n'avaient lieu qu'en français.

¹⁹⁹ Victor Grove, *The Language Bar*, Routledge & Kegan Paul, à la page 13. Les lois, en Angleterre, ont été adoptées en français à partir de 1275, bien qu'elles n'apparaissent dans les archives qu'à partir de 1278. Voir: Frederic W. Maitland, éd., *Year Books of Edward II, 1 & 2 Ed. II*, (Selden Society, XVII, 1903), London, Professional Books Limited, 1974, à la XLVI.

Quant à la littérature et à la culture juridique, le tout premier traité de droit anglais jamais écrit dans une autre langue que le latin est rédigé en français dès 1291 par un juriste du nom de Britton²⁰⁰. Par la suite, pendant plus de trois siècles, la quasi-totalité des traités de droit anglais continueront à être rédigés en français. L'anglais, à cette époque, n'est qu'oral et reste éparpillé en de nombreuses formes dialectales. Aucun de ces dialectes n'est jugé assez développé pour permettre de véhiculer valablement les concepts abstraits et techniques du droit. Tous les juristes résistent donc à l'introduction de l'anglais.

Le premier traité de droit écrit dans un anglais moderne, précis et technique n'apparaîtra qu'en 1628²⁰¹. Il s'agit de la première partie des « *Institutes of the Laws of England* » du réputé juriste Edward Coke. Mais les juges persisteront à rédiger leurs jugements en français jusqu'au début du XVIII^e siècle. Les étudiants des écoles de droit, appelées « *Hostelleries de Court* », continueront d'étudier en français et feront leurs exercices de plaidoirie en français, et cela, jusqu'au début du XVIII^e siècle. C'est ainsi que le français, langue des lois, du droit et des tribunaux, prendra en Angleterre une avance de presque deux siècles sur la France. Même si cela peut paraître ironique aux yeux de bien des Canadiens, nombreux sont alors les Anglais à s'enorgueillir de la qualité de leur parler français au point de prétendre que le français parlé à Londres était plus pur que celui de Paris²⁰².

²⁰⁰ Britton, *The French text carefully revised with an English translation*, trad. par Francis Morgan Nichols, 2 vol., Holmes Beach, Flo., W. M. W. Gaunt & Sons, Inc., réimpression 1983.

²⁰¹ Edward Coke, *The First part of the Institutes of the laws of England; or a Commentary upon Littleton*, 8^e ed., London, J. & W. T. Clarke, 1823. Bien qu'il ait utilisé l'anglais pour ses *Institutes*, Coke ne cachait pas sa crainte de voir cet usage conduire à l'abandon ou à l'ignorance des termes précis et techniques du droit. La première édition de ses *Reports*, à partir de 1600, avait été écrite en français. Voir: Percy H. Winfield, *The Chief Sources of English Legal History*, New York, Burt Franklin, à la page 11.

²⁰² Cette affirmation a d'abord été faite par Sir John Fortescue (1385-1477/79), juge en chef et auteur d'une quinzaine d'ouvrages portant sur le droit et les institutions de l'Angleterre. Voir: Joseph Calmette, *Histoire du Moyen Âge. Les premières grandes puissances*, t. VII, Paris, P.U.F., à la page 560, note 311; également, Frederic W. Maitland, *supra note 200* aux pages XXXVI et XXXVII.

Bien que la langue anglaise soit en train de se transformer et de s'imposer pour devenir graduellement la langue commune du royaume, chaque région, chaque village n'en conserve pas moins sa façon particulière de le parler. Rares sont ceux qui savent l'écrire. Encore au XV^e siècle, avant que les célèbres « *Canterbury Tales* » ne soient édités et n'aient contribué à donner un essor remarquable à la formation d'une langue commune, il est parfois malaisé, pour une personne ne connaissant qu'une forme dialectale de l'anglais, de se procurer des choses aussi simples que du pain, des œufs, du beurre, etc., en s'éloignant parfois pas plus loin qu'un village de la même région. Par exemple, celui qui s'adressait à quelqu'un dans un anglais incompréhensible pour son interlocuteur pouvait s'entendre répondre: "Sorie, I doo not understande frensch." On était aux antipodes de la langue universelle. Au-delà même de ce que l'on aurait pu imaginer pour la France avant la Révolution, le français était devenu la langue commune du royaume d'Angleterre.

Nul doute qu'il fut un temps où il était plus facile d'être servi en français à Londres que ce ne l'est à Montréal aujourd'hui ou d'être entendu en français par certains juges de la Cour suprême du Canada. Par contre, le vieil idiome n'avait rien perdu de sa vitalité. Étrange revanche du destin s'il en est, puisque personne n'aurait pu imaginer que ce patois jadis si mal aimé allait un jour faire le tour du monde. En 1969, on a même parlé anglais sur la lune. Voyons brièvement les premiers pas de cette métamorphose.

Un rebondissement linguistique signé Gutenberg

Une première presse à imprimer est introduite en Angleterre²⁰³ en 1477, fruit de l'initiative de l'éditeur William Caxton. Dès l'année suivante, il édite au complet, en 740 pages, les célèbres « *Canterbury Tales* » du poète Geoffrey Chaucer, lesquelles circulaient depuis près d'un siècle en versions manuscrites²⁰⁴. L'œuvre est si chaudement

²⁰³ Albert C. Baugh et Thomas Cable, *A History of the English Language*, 5^e ed., New Jersey, Prentice Hall, à la page 195; Victor Grove, *supra note 200* à la page 16.

²⁰⁴ Grove, *ibid.* à la page 15.

accueillie qu'elle connaît une consécration instantanée. D'autres s'empresseront de l'imiter et, en peu de temps, la diffusion de cet ouvrage donnera un véritable coup d'envoi à la formation d'une langue commune nouvelle, à la fois parlée et écrite. En 1535, la première version complète de la Bible est imprimée en anglais à Zurich²⁰⁵. Couronnée de succès, cette édition contribuera elle aussi à la formation d'une langue commune et nationale. Sur le plan littéraire, il y aura par la suite une explosion de grandes œuvres en tous genres.

Cette émergence extraordinaire de l'anglais n'enlèvera pas pour autant au français sa suprématie dans le domaine juridique. À l'exception des anciennes chartes rédigées en latin, tout le droit anglais s'est construit uniquement en français au cours des siècles. Les juristes continuent à étudier, à penser, à écrire dans cette langue. Ils plaident le droit en français devant les tribunaux. Il en sera ainsi tant que la langue anglaise n'aura pas pleinement absorbé et assimilé la terminologie et les concepts juridiques. Le français conservera donc sa primauté et son statut d'outil indispensable du droit de par son caractère technique et précis. D'ailleurs, comment aurait-il pu être écarté au profit de l'anglais sans une longue et prudente transition, étant donné que, depuis des siècles, l'histoire légale et constitutionnelle du pays s'écrivait uniquement dans cette langue ?

L'anglais gagnait donc en dynamisme et en savoir-faire, mais il n'avait aucune mémoire juridique. Cela allait de soi pour les juristes anglais qui en témoignaient sans arrière-pensée. Sir John Fortescue, juge en chef et auteur influent du XV^e siècle, affirmait que les juristes anglais ne pouvaient ni étudier ni plaider le droit dans une langue autre que le français²⁰⁶. Au siècle suivant, John Selden, juriste et premier historien des institutions juridiques anglaises, soutenait que le français demeurait aussi essentiel au droit anglais que le latin l'avait été au droit civil. Sir Edward Coke, malgré ce trait de génie d'avoir écrit en anglais le premier traité de « *common law* », continuait à affirmer que la langue française était seule apte à exprimer

²⁰⁵ *Ibid.* aux pages 18 et 22.

²⁰⁶ Ferdinand Brunot, *Histoire de la langue française, des origines à 1900*, t. 1, Paris, Armand Colin, 1905, à la page 373; Joseph Calmette, *supra note 203* à la page 562, note 323.

« *le sens véritable des lois de l'Angleterre* ». Mais jusqu'à quand se prolongera cette étonnante loyauté des juristes anglais en faveur de l'usage du français dans l'exercice de leur profession ?

Au XVIII^e siècle, l'éminent juriste Roger North, auteur d'un remarquable traité de méthodologie à l'intention des étudiants en droit, souligne la nécessité de n'étudier le droit anglais qu'en français²⁰⁷. Selon lui, le français, de par sa qualité de langue professionnelle et technique, peut seul permettre l'expression des principes du droit anglais en des termes précis et suivant une logique parfaite. Il insiste pour que les étudiants n'étudient qu'à partir des originaux édités en français et considère que les traductions du français à l'anglais ne sont que du gaspillage de papier:

« *Je déconseille absolument l'étude de Littleton, etc., dans une autre langue que le français et, peu importe la qualité de la traduction apparaissant sur l'autre colonne de la page, elle ne devrait être utilisée que pour éclairer l'original français, si obscur, mais jamais comme texte de lecture ou d'étude puisqu'il est difficile d'exprimer adéquatement un principe de droit en anglais et, lorsque cela doit être fait, que ce soit donc en français pour éviter tout risque d'imprécision*²⁰⁸. »

Il n'est pas possible de préciser le moment exact où ce traité de méthodologie a été rédigé, puisque le manuscrit n'a été édité qu'en 1824, mais il semble qu'il l'ait été au début des années 1730. L'opinion de ce juriste sur la précision de la langue française et la nécessité de son usage dans l'étude du droit anglais, qui peut surprendre aujourd'hui, n'avait pourtant rien d'étonnant ni même de prétentieux à l'époque. Le professeur William Holdsworth, constitutionnaliste d'Oxford qui a dédié son œuvre monumentale [*A History of English Law*] à la mémoire de Roger North, précise que les nombreux conseils donnés aux étudiants dans ce manuel étaient conformes à la pratique professionnelle de l'époque et constituaient une appréciation réaliste des dispositions et des sentiments des juristes anglais. Il ajoute que ce petit traité de méthodologie est devenu, de par un changement constant

²⁰⁷ Roger North, *A Discourse on the Study of the Laws*, 1^e éd., Londres, 1824.

²⁰⁸ *Ibid.* à la page 13. [tda].

mais imperceptible des habitudes de la profession, un document historique inestimable du fait que l'auteur avait jugé opportun d'y inclure nombre d'informations que la plupart de ses contemporains auraient considérées trop courantes, banales ou anodines pour mériter d'être mentionnées²⁰⁹. En faisant des recommandations pressantes pour qu'un ouvrage aussi classique et incontournable que « Littleton²¹⁰ » ne soit étudié qu'en français, Roger North cherchait peut-être à censurer l'influence politique que le réputé juriste, Edward Coke, exerçait encore sur la vie constitutionnelle anglaise dans le premier tiers du XVIII^e. Coke était un « whig » de renom qui avait résolument défendu le principe de la suprématie du Parlement, alors que lui, North, un « tory » convaincu, demeurait un défenseur fidèle de l'autorité et des prérogatives traditionnelles du roi²¹¹.

Un conflit idéologique existait certainement encore à cette époque, puisque l'usage du français langue juridique ne sera officiellement abrogé en 1731 qu'après de vifs débats, tant à la Chambre des lords qu'au Parlement²¹². Les juristes anglais ont été alors nombreux à s'indigner de l'irresponsabilité des parlementaires face aux conséquences prévisibles de leur décision. Aux XIX^e siècle, un certain mécontentement des juristes anglais sera toujours palpable dans certains commentaires. Selon eux, la perte de statut du français langue juridique risquait d'avoir des conséquences fâcheuses sur la motivation des étudiants à apprendre cette langue et à la maîtriser. Et, le français disparaissant peu à peu, c'était une partie substantielle de la mémoire juridique et constitutionnelle du pays qui était menacée de subir le même sort²¹³. Cette prédiction

²⁰⁹ Sir William Holdsworth, *A History of England Law*, vol. VI, London, Methuen & Co. Ltd, à la page 494.

²¹⁰ Ouvrage édité quatre-vingt-dix fois et traduit du français à l'anglais sous Henry VIII; "Littleton" a été, pendant des siècles, le livre de base que tout étudiant en droit était tenu d'assimiler en premier; écrit en français et édité vers 1480, l'ouvrage a été édité pour la dernière fois en 1903.

²¹¹ Frederic Maitland, *supra note 200* à la page XXXIV.

²¹² 4 Geo. II, c. 26; Statutes at Large, XVI, pages 248 et 249: *An act that all proceedings in courts of justice within that part of Great Britain called England, and in the court of exchequer in Scotland, shall be in the English language only, and not in Latin or French.*

²¹³ Johan Vising, *Anglo-Norman Language and Literature*, London, Oxford University Press, 1923, à la page 71: Much legal and constitutional history still lies buried in the french year books, a good edition of which has long been an urgent want. (Gross, *Sources and Literature*

s'est d'ailleurs avérée exacte. Aujourd'hui, une partie substantielle des archives juridiques et constitutionnelles de l'Angleterre n'est plus accessible qu'à une poignée d'irréductibles, tant juristes qu'historiens.

❖ *La langue officielle du Canada en 1774*

Trente années séparent la mort de Roger North, survenue en 1734, des premiers avis et commentaires sur l'état du droit au Canada suite à la Proclamation royale de 1763. Tous les juristes et les lords du gouvernement qui ont participé aux travaux préparatoires ou à la rédaction de l'Acte de Québec en 1774, de même que ceux qui l'ont vivement critiqué en Chambre, étaient sans doute nés au moment où North a rédigé son petit traité de méthodologie²¹⁴. Les lieux communs, banalités, exhortations et mises en garde qu'on y trouve faisaient sans aucun doute partie de la culture juridique qui leur avait été enseignée. En toute logique, pourquoi devrait-on s'étonner que personne, parmi tant d'excellents juristes, n'ait eu l'idée de soulever pendant ces dix années de travaux et de discussions la moindre question portant sur le statut de la langue française au Canada ? Plus encore, même les députés de l'opposition en Chambre, dont plusieurs étaient d'excellents juristes qui cherchaient à embarrasser le gouvernement, n'ont soufflé le moindre mot sur la question de la langue au Canada. Puisqu'il était un lieu commun dans la profession juridique anglaise de penser que l'usage du français était *so apt and significant to express the true sense of the laws*, et dont l'emploi était tenu pour essentiel à l'étude approfondie de l'histoire juridique et constitutionnelle de l'Angleterre, il aurait été inconséquent, voire absurde, de soutenir d'un même souffle que l'usage de l'anglais aurait été indispensable à la compréhension du sens véritable des lois françaises du Canada. L'absence de tout commentaire de la part des juristes et des parlementaires

of English History.) They should be our glory, for no other country has anything like them, they are our disgrace, for no other country would have so neglected them (Pollock and Maitland, *English Law*).

²¹⁴ Lord Mansfield est né en 1705; Glynn en 1722; Dunning en 1731; Thurlow en 1732 et Wedderburn en 1733.

sur la langue au Canada s'explique donc le plus simplement du monde: il eut été contraire au bon sens le plus élémentaire de s'en prendre publiquement au français alors qu'ils tenaient cette langue pour savante²¹⁵, patrimoniale²¹⁶ et universelle²¹⁷. L'animosité à l'endroit de la langue française ne relève nullement d'une tradition anglaise, mais d'une spécialité essentiellement canadienne qui a atteint son point d'orgue à la Cour suprême du Canada. On ne peut pas dominer un peuple sans d'abord le dénigrer en méprisant sa langue et sa culture. Avant de terminer sur le sujet, quelques anecdotes amusantes tirées de l'histoire donneront un aperçu de l'inclination bien réelle des Anglais à l'endroit de la langue française.

« *La langue de nos ancêtres* »

L'histoire de l'Angleterre témoigne, à travers les âges, d'un véritable attachement à la langue française, dont certains n'hésitent pas à dire qu'elle est également la « langue de nos ancêtres ». À la fin du XIV^e siècle, par exemple, un enseignant de français cherchait à éveiller l'intérêt de ses élèves en faisant l'éloge de cette langue, la qualifiant *de doulz françois qu'est la plus bel et la plus gracious language et plus noble parler, apres latin d'escole, qui soit au monde et de tous gens mieulx prisee et aimee que nul autre, quar Dieux le fist si douce et amiable principalement a l'honneur et loange de Lui Mesmes. Et pour ce il peut comparer au parler des angels du ciel pour la grand douceur et biaultee d'icel*²¹⁸. En 1400, un autre enseignant, John Barton, occupé celui-là à confectionner du matériel pédagogique à l'intention de ses élèves, *fist fair a ses depenses et tres grande peine par plusieurs bons clerks de ce language françois un Donait*²¹⁹ *françois pour briefement entroduyr les Englois en la*

²¹⁵ Ferdinand Brunot, *supra note 207* à la page 375; Frederic Maitland, *supra note 200* à la page XXXVI.

²¹⁶ Maitland, *ibid.*, aux pages LIII, note 1, et LXVI.

²¹⁷ Joseph Calmette, *supra note 203* à la page 562.

²¹⁸ Paul Meyer, "Manière de langage", dans *Revue critique d'histoire et de littérature*, Paris, 1870, supplé. paru en 1873, à la page 382.

²¹⁹ Un "donait" était une grammaire rudimentaire.

*droit language de Paris et du pais la d'entour, laquelle language en Engleterre on appelle doulce France*²²⁰.

Plus généralement, la tradition d'enseigner le français aux enfants dès leur plus jeune âge fait naître en Angleterre toute une gamme de lexiques, de dictionnaires, de grammaires et autres instruments pédagogiques qui demeureront pendant longtemps sans équivalent en France, constituant ainsi la toute première littérature grammaticale et pédagogique antérieure au XVI^e siècle. L'ouvrage le plus remarquable, la toute première grammaire du français en français, y est rédigée en 1530 par John Palsgrave, soit *L'esclarcissement de la langue francoyse*. À titre de comparaison, la première grammaire française en France lui est postérieure de quelques années, soit *Le traicté de la grammaire française* de Robert Estienne en 1537.

À l'époque des débats sur l'Acte de Québec, nombre de lords anglais manifestent toujours la même inclination et la même fidélité à l'endroit de la « *langue de leurs ancêtres* ». La plupart des devises sur leurs armoiries de famille y sont écrites, peintes ou sculptées en français. Nombreux sont ceux à la maîtriser aussi parfaitement que leur langue maternelle et à l'utiliser dans leurs conversations privées²²¹. Il s'en trouve pour affirmer qu'aucun Anglais ne peut se prétendre gentleman s'il ne maîtrise à la fois le français et sa langue maternelle.

En conséquence, nombreux sont les Anglais à croire en la nécessité d'éduquer leurs enfants dans ces deux langues dès leur plus jeune âge. Malgré des conflits longs et douloureux avec la France, l'Angleterre n'a jamais cultivé de mépris pour la langue française. Et, si culture de mépris pour cette langue il se trouve, c'est bien entendu dans le lointain royaume du Canada qu'elle trouvera le terreau propice à son épanouissement et son triomphe.

²²⁰ Ferdinand Brunot, *supra note 207* à la page 376.

²²¹ Linda Colley, *Britons: forging the nation, 1707-1837*, New Haven, Yale University Press, 1992, à la page 165.

❖ *Le mépris du français et de ceux qui le parlent*

Pays jaloux comme pas un de sa réputation de tolérance et d'ouverture sur le monde, c'est ironiquement au Canada que s'écrira le grand livre noir de la langue française. Le proverbial esprit de tolérance des Canadiens a des limites et peut devenir étrangement agressif lorsqu'il est question de langue et des Canadiens français en ce pays. Mais pour les juristes et les lords du gouvernement qui ont rédigé l'Acte de Québec en 1774, il ne se posait aucune question de langue au Canada. D'ailleurs, ce sujet n'a même jamais été soulevé dans leurs nombreux échanges de notes et de lettres. Le français jouissait au Canada du statut de langue commune, et les lois du pays en avaient établi la primauté et l'exclusivité dans la vie publique dès 1663. Il est important de le rappeler, le Parlement de Westminster, en adoptant l'Acte de Québec, n'a formellement écarté des lois et coutumes du Canada que celles de nature criminelle. Les lois ecclésiastiques, sans être abrogées, ont été soumises à l'autorité du roi pour des raisons constitutionnelles propres au droit anglais. Toutes les autres lois compatibles avec l'exercice de la souveraineté britannique ont continué à former la base du droit commun de la province de Québec. Celles qui n'ont jamais été abrogées sont toujours en vigueur, bien qu'elles aient disparu de notre mémoire juridique. Faut-il le rappeler, ce n'est jamais la désuétude et le passage des années qui abrogent les lois, mais le pouvoir législatif.

Les compétences constitutionnelles du Québec en matière linguistique prennent leur source dans l'*Ordonnance de Villers-Cotterêts* mise en vigueur au Canada par l'Édit du 28 février 1663²²². La *Loi constitutionnelle de 1867* n'a nullement changé l'état du droit sur ce sujet. Elle a simplement divisé la souveraineté en deux ordres de gouvernement. Pour plus de sûreté, l'article 92(13) portant sur la « propriété et les droits civils » a été adopté afin de garantir l'exclusivité

²²² L'ordonnance de Villers-Cotterêts a été mise en vigueur au Canada par l'Édit de février 1663 qui faisait des lois et coutumes du royaume de France le droit commun de la colonie. L'Ordonnance est composée de 192 articles et porte principalement sur l'administration de la justice. Toute ordonnance générale du royaume enregistrée au Parlement de Paris avait force de loi au Canada.

et la souveraineté de la province en ces domaines de compétences historiques.

À la demande expresse de la « minorité historique anglaise » du Québec, l'article 133 de la Constitution a garanti un certain bilinguisme devant la législature et les tribunaux du Québec. Quant à la *Charte de la langue française*, sanctionnée le 26 août 1977, il n'est pas historiquement exact de soutenir qu'elle constitue la loi fondatrice de la primauté de la langue française au Québec. Tout au plus vient-elle confirmer, par une loi moderne, technique et précise, ce qui avait été établi depuis trois siècles avec la mise en vigueur de l'*Ordonnance de Villers-Cotterêts*. Il importe de préciser que cette Charte n'a été réellement innovatrice qu'en octroyant certains privilèges à la « minorité historique anglaise » en matière scolaire et de services de santé. Soulignons que l'article 93 de la loi de 1867 ne reconnaissait à l'origine que le droit à des écoles protestantes, et non de langue anglaise. Avant l'adoption de la Charte, les intérêts linguistiques de cette minorité, dont l'existence ne tenait toujours qu'à une forme de pusillanimité/soumission des Canadiens français, avaient été laissés sans statut légal par le législateur britannique, qui avait fortement douté du bien-fondé de créer des droits spéciaux ou des privilèges en faveur de ses ressortissants vivant au Canada. Mais l'Assemblée nationale du Québec, en adoptant la *Charte de la langue française* et la *Loi sur la santé et les services sociaux*, a mis fin à cet état de précarité juridique en protégeant, législativement, les intérêts linguistiques d'une « minorité historique anglaise » qui, aujourd'hui, revendique les mêmes privilèges en faveur de tous les anglicisés qu'elle appelle la « communauté anglaise du Québec ». Et depuis, bien des membres de cette minorité – agressive – n'ont eu cesse de manifester, en donnant libre cours à quelques vieux réflexes tirés de l'héritage spirituel de l'époque colonial, leur inépuisable ingratitude pour leurs intérêts linguistiques enfin devenus des droits. Tout droit prenant forcément sa source dans la loi, il va de soi que, lorsque les membres de la « minorité historique anglaise » du Québec revendiquent leurs supposés « *droits historiques* » en matière linguistique, ils devraient logiquement se référer à une « *loi historique* » leur octroyant de tels droits. Cependant, il faut rappeler que le Parlement

de Westminster n'a jamais jugé utile d'octroyer des droits ou privilèges spéciaux à ses ressortissants dans la province de Québec.



CHAPITRE 10

Les Anglo-protestants imposent leur dynamique

L'esprit juridique du Canada anglais a toujours puisé ses forces profondes dans l'idée de domination.

À l'automne 1774, les colonies américaines sont sur un pied de guerre. Du 5 septembre au 26 octobre, leurs députés tiennent un premier Congrès à Philadelphie. Ils y rédigent la liste de leurs griefs à l'endroit de Georges III.

Au mois de mai suivant, ils tiennent un deuxième Congrès. Leurs députés reconnaissent alors qu'il existe un état de guerre entre eux et la métropole. Georges Washington est nommé commandant en chef de l'armée des mutins. Le 4 juillet 1776, le Congrès proclame officiellement l'indépendance des États-Unis. La guerre avec la métropole va se poursuivre jusqu'au traité de Versailles de 1783. L'Angleterre reconnaît alors l'indépendance de ses anciennes colonies. Entre temps, le Congrès avait vivement dénoncé l'Acte de Québec, le tenant pour « un leurre et une perfidie ». En février 1778, suite à un traité avec la France, le Congrès obtient la voie libre pour conquérir la vallée du Saint-Laurent. En fait, c'était le territoire de la province de Québec tout entier qui était dans la mire des mutins.

Dans l'Acte de Québec, les lords du gouvernement avaient étendu les limites territoriales de la province conformément aux doléances des Canadiens. Ainsi, à l'Est, le Labrador avait été détaché de Terre-Neuve et annexé au Québec. À l'Ouest, le territoire de la province avait été étendu au bassin des Grands Lacs, se prolongeant jusqu'à la rivière Mississippi et, au Sud, jusqu'à l'Ohio. Selon lord

Dartmouth, secrétaire d'État aux affaires coloniales, cette clause avait constitué une dimension essentielle de l'Acte de Québec.

Toutefois, lors des négociations de paix tenues à Paris, lord Shelburn, épuisé par des années de guerre et dégoûté par l'entêtement des Américains, avait fini par céder l'un des plus beaux territoires de la province. Ainsi, toute la vallée de l'Ohio a été cédée aux Américains. La frontière avec les États-Unis suit alors le sud des lacs Ontario, Érié, Huron et Supérieur. Aujourd'hui, les territoires cédés par lord Shelburn comprennent le Wisconsin, le Michigan, l'Illinois, l'Indiana et l'Ohio. Mais ce démembrement au profit des anglo-protestants ne va pas s'arrêter là.

Des loyalistes convoitent nos plus riches territoires

Suite au traité de Versailles, les loyalistes américains, avec l'aide du gouvernement britannique, sont nombreux à émigrer dans la province de Québec, principalement au nord des lacs Ontario et Érié. Cependant, tout comme les petits colons de Québec et de Montréal, ces nouveaux venus ont en horreur les vieilles lois et coutumes du Canada. De plus, ils rêvent même de former un large empire uni par un attachement commun à la Couronne et aux institutions britanniques. Cette fois, les lords du gouvernement ne mettront pas dix ans à se décider. Une nouvelle province est créée à même les plus riches territoires de la province de Québec. L'Acte de Québec n'est pas abrogé, mais ses frontières éclatent une deuxième fois.

L'Acte constitutionnel de 1791

Cette nouvelle constitution est sanctionnée par Georges III le 19 juin 1791. Quatre points saillants s'en dégagent: a) les lois et coutumes garanties par l'Acte de Québec sont reconduites en faveur des Canadiens; b) le plus riche territoire agricole de la province – appelé Haut-Canada – est détaché et octroyé sans indemnité aux Loyalistes; c) la partie restante de la province – appelée Bas-Canada – devient une

entité réduite, distincte et séparée; et c) un régime parlementaire, sur le modèle de celui des colonies de peuplement, est mis en place.

Il est important de le préciser: les Canadiens n'ont pas réclamé cette nouvelle constitution ni, bien entendu, l'amputation du plus riche territoire de leur province. Mais depuis 1775, et de façon insistante à partir de 1784, les Britanniques de Montréal et de Québec n'ont cessé de réclamer l'abrogation des lois et coutumes du Canada et l'octroi d'une Assemblée législative. Les Loyalistes, à partir de l'année 1783, se sont mis de la partie pour réclamer leur séparation de la province de Québec et l'abrogation des lois et coutumes du Canada en faveur de la *common law*.

Face à cette avalanche de récriminations et de pétitions, le gouvernement anglais a accepté d'intervenir et de redessiner, sans consulter les Canadiens, les limites territoriales établies par la Constitution de 1774, c'est-à-dire l'Acte de Québec. Lord Grenville, ministre de l'intérieur et des colonies, avait préparé un projet de loi qui divisait le territoire du Québec en deux et octroyait une assemblée législative à chaque province. De plus, les loyalistes du Haut-Canada étaient expressément autorisés à changer les lois et coutumes du Canada en matière de '*Property and Civil Rights*'. Quant aux Canadiens, ils conservaient pleine compétence sur les anciennes lois et coutumes du Canada, telles que confirmées par l'Acte de Québec en 1774. Mais quel est le sens originel de l'expression '*Property and Civil Rights*' reconduite en 1791 et qui demeure si importante dans la *Constitution de 1867* ?

Les « Property and Civil Rights » sont reconduits

Disons, d'entrée de jeu, que cette expression juridique, spécifique au droit anglais, a été très mal accueillie dès son introduction au Canada et interprétée de manière fort réductrice, non conforme à son sens légal. Ainsi, nombre d'historiens, de juristes, d'avocats, n'ont cessé d'entretenir la confusion en se référant, par ignorance ou mauvaise foi, aux « droit civil » français de la province de Québec, au lieu de dire simplement les « lois et coutumes » du Canada. Ce qui a été reconnu par le Parlement de Westminster en 1774, par le

choix de l'expression '*Property and Civil Rights*', c'est la reconduction générale des « lois et coutumes » du Canada, à l'exception de son droit criminel et de ses lois ecclésiastiques.

Lors des débats parlementaires de mai et juin 1774, les lords du gouvernement ont, à de nombreuses reprises, utilisé l'expression '*civil rights*' dans son sens technique et authentique pour désigner les droits nés exclusivement des « lois et coutumes » du Canada, mais jamais avec l'idée de se référer au « droit civil » français en tant que système juridique. Les deux expressions réfèrent à des réalités juridiques différentes et sont, sur le plan linguistique, des mauvais-amis. Ce sujet a été ci-haut traité au chapitre 8, mais quelques précisions peuvent aider à mieux comprendre le sens de cette expression qui a donné lieu à tant d'interprétations mal intentionnées.

Bien que pratiquement homographes, les expressions '*civil law*' des Anglais et « droit civil » des Français désignent des réalités propres à chacun de ces deux systèmes. Dans le droit français, le « droit civil » réfère au droit privé tel qu'entendu dans la tradition romano-germanique, alors que dans le droit anglais, l'expression '*civil law*' désigne tout ce qui était historiquement connu sous le vocable de '*law of the land*' c'est-à-dire la totalité du dépôt légal accumulé par la tradition juridique anglaise au cours des siècles. Cette tradition incluait tout le droit public, y compris le droit criminel et constitutionnel. Bref, toute loi « née » sur le territoire de l'Angleterre était incluse dans l'expression '*law of the land*' ou '*civil law*'. Aujourd'hui, on dirait le droit proprement national des Anglais.

Par exemple, le droit international, parfois appliqué par les tribunaux anglais, ne faisait pas partie du '*law of the land*' ou '*civil law*' puisqu'il était étranger au dépôt légal de cette tradition juridique. Pour dire les choses autrement, n'était « civil » que le droit propre « à la terre de l'Angleterre », c'est-à-dire le '*law of the land*'... Suivant la même logique, quand les lords du gouvernement ont voulu se référer aux « lois propres à la terre » du Canada, au '*law of the land*' du Canada, afin de les distinguer du droit canon et autres lois ecclésiastiques sous l'autorité de l'Église catholique, ils ont, par besoin d'exactitude, recouru à l'adjectif « civil » dans son sens

technique et anglais, d'où des expressions comme '*civil law*' et '*Property and Civil Rights*'.

Plus encore et de façon générale, les juristes anglais du XVIII^e siècle avaient en horreur la distinction – absurde à leurs yeux – entre droit privé et droit public. Pour eux, tout le droit était « public ». En ce sens, lorsqu'ils se référaient au '*civil law*' de l'Angleterre, ils le faisaient par besoin de préciser les lois purement anglaises, mais jamais pour établir une distinction fictive entre le droit privé et le droit public. Par exemple, ils affirmaient que le droit canon n'était pas « civil » au motif qu'il était catholique et européen, mais non pas pour établir une distinction quelconque entre droit privé et droit public. Le même raisonnement s'applique pour le droit international, le droit de l'amirauté et une bonne partie du droit commercial. En conséquence, il était parfaitement justifié pour tout bon juriste anglais d'inclure, par besoin de précision, le droit criminel et le droit constitutionnel dans la catégorie '*civil law*'.

Lors des débats parlementaires de mai et juin 1774, quand les lords anglais – dont plusieurs sont passés à l'histoire comme les meilleurs juristes du XVIII^e s. – ont parlé du '*civil law*' des Canadiens, ils l'ont fait essentiellement par besoin d'exactitude afin de désigner la totalité des « lois et coutumes » propres au Canada ! Il n'a donc jamais été question d'établir une distinction – fictive et inutile – entre les lois « privées » et « publiques » du Canada. En fait, la première préoccupation qu'ils avaient à l'esprit était de s'assurer que l'expression juridique retenue écarterait toute possibilité que l'Église catholique ou le pape puissent un jour revendiquer une quelconque autorité sur ce territoire passé sous juridiction britannique. Il faut se souvenir, qu'à cette époque, bien des Anglais piquaient encore des crises d'hystérie juste à entendre le mot '*pope*'. Les émeutes incontrôlables qui ont suivi le '*Papist Act*' de 1778 le prouvent amplement.

Bien entendu, les Britanniques du Canada, révoltés par la reconduction quasi générale des lois et coutumes du Canada, ont vite abusé de l'ignorance invincible des Canadiens en matière de droit anglais et d'une confusion facile dans les termes pour réduire la portée des « lois et coutumes » du Canada à ce qui était « civil » au

sens du droit français – c'est-à-dire au droit privé – alors que le législateur s'était prononcé en faveur des « lois civiles » dans le sens authentique du terme, c'est-à-dire les « lois et coutumes » du Canada telles que mises en vigueur au pays à partir de 1663.

Donc, le '*civil law*' ou '*law of the land*' des Canadiens ne pouvait se réduire au droit privé au sens français du terme, c'est-à-dire à la Coutume de Paris. Mais la confusion dans les termes était si facile que l'interprétation des réductionnistes a triomphé au point que les auteurs les mieux intentionnés parlent encore aujourd'hui des « lois civiles » françaises au lieu des « lois et coutumes » du Canada. Là encore la « dignité coloniale » a fait bon marché des garanties constitutionnelles de 1774.

La première session du Parlement

La première session du Parlement du Bas-Canada s'ouvre le 17 décembre 1792. Le lendemain, les députés procèdent à l'élection de leur premier président. Un débat s'engage alors entre Britanniques et Canadiens. Ces derniers, sur une proposition de Louis Dunière, optent en faveur de Jean-Antoine Panet. Les Britanniques, pour leur part, optent en faveur de William Grant. Selon eux, il est nécessaire que leur président sache parler la langue de leur roi et de l'Empire. Suite à un vote de 28 contre 18, Jean-Antoine Panet est élu.

La langue officielle du Canada en 1791

Suite au choix houleux du premier président du premier Parlement du Bas-Canada, il y eut un deuxième accrochage, cette fois au sujet de la langue des procédures. Du 21 au 23 janvier 1793, le débat a porté sur les sources de légitimité en matière de langue: il fallait choisir entre la langue des « lois et coutumes du Canada » ou tout simplement celles de la « dignité coloniale ». Les députés britanniques exigeaient que leur langue soit retenue, alléguant le respect dû à la langue de leur roi et à celle de l'Empire. Toutefois, aucune loi écrite ou coutumière ne fut avancée de leur part pour supporter ces prétentions

pour l'excellente raison qu'il n'y en avait aucune. Les Canadiens, pour leur part, ont invoqué les droits imprescriptibles du français comme langue historique du Canada. En ce sens, le droit était en leur faveur. Voici pourquoi !

Depuis l'Acte de Québec, la question de la langue au Canada était une affaire canadienne qui relevait uniquement du droit en vigueur, c'est-à-dire des « lois et coutumes » du Canada. Historiquement, la question de langue au Canada avait été réglée en 1663 par l'adoption de *l'Édit de création du Conseil souverain*. Parmi les lois mises en vigueur au Canada en vertu de cet édit, il y avait *l'Ordonnance de Villers-Cotterêts* qui faisait du français la seule langue de la législature, de la judicature et des actes juridiques. Cette ordonnance prescrivait que tout document de nature législative, juridique ou judiciaire devait être rédigé « dans le langage maternel français, et non autrement », et ce, sous peine de nullité absolue. La règle était claire.

L'Acte de Québec, en reconduisant l'ensemble « des lois et coutumes » du Canada, à l'exception du droit criminel et des lois ecclésiastiques, reconduisait évidemment *l'Ordonnance de Villers-Cotterêts*. Le Parlement de Westminster avait pleine autorité pour reconnaître ou restreindre l'usage du français au Canada, ou pour octroyer certains privilèges à l'anglais comme il l'avait fait en 1362 et en 1731 en faveur de l'anglais en Angleterre. Non seulement n'en a-t-il rien fait mais, plus encore, aucun lord du gouvernement n'a pris la peine de soulever la moindre question à ce sujet.

Plus encore, l'article 33 de *l'Acte constitutionnel de 1791* a confirmé le statut du français au Canada. À cet article, on peut lire : « Toutes les lois, statuts, ou ordonnances en vigueur le jour qui sera fixé pour l'application de cette loi dans les dites provinces, resteront en vigueur et auront la même force et le même effet que si cet acte n'avait pas été voté. ». Si, par hypothèse, il y avait eu un « oubli » linguistique en 1774, l'occasion était idéale pour corriger. On ne peut croire que le Parlement de Westminster ait oublié par deux fois de mettre en vigueur au Canada la « langue du roi et de l'Empire ».

En somme:

a) *l'Ordonnance de Villers-Cotterêts* a introduit le français par sa mise en vigueur au Canada en 1663;

b) le Parlement de Westminster a reconduit *l'Ordonnance de Villers-Cotterêts* en 1774 en reconnaissant la constitutionnalité des « lois et coutumes » du Canada;

c) le Parlement de Westminster a reconfirmé l'état du droit sur le sujet en 1791 en prescrivant que les lois, statuts et ordonnances... « resteront en vigueur »;

d) et plus encore, après avoir entendu tous les avis et légiféré par deux fois sur le Canada, le Parlement de Westminster n'a jamais jugé opportun d'y reconnaître quelque droit en faveur de la langue anglaise;

e) en Angleterre même, le statut légal de la langue anglaise a toujours relevé d'une loi du Parlement, et jamais de la common law ! Rappelons que le Parlement de Westminster a légiféré expressément sur la langue à deux reprises. Une première fois en 1362 pour autoriser l'usage de l'anglais devant les tribunaux, et une deuxième fois en 1731 pour interdire l'usage du français.

Dans un tel contexte, les arguments de « nos » députés britanniques pour le respect et la dignité de la « langue du roi et de l'Empire » ne relevaient que de la dynamique coloniale. Plus de deux siècles plus tard, leurs descendants, à Montréal, revendiquent toujours leur « dignité » avec autant d'audace, mais cette fois à titre de « langue de la mondialisation » ! Le colonialisme, il ne faut pas trop s'en étonner, c'est d'abord ça: l'extrême banalité de l'arrogance.

Le coup d'envoi de la guerre des races

Sous le gouverneur Craig, le climat politique se réchauffe et s'aggrave au Bas-Canada. Arrivé à Québec le 18 octobre 1807, le nouveau gouverneur, malade, a peine à se tenir debout à sa sortie du bateau. Une semaine plus tard, c'est affaibli et alité qu'il prête son serment d'office. Fragile et sous la dépendance d'une petite coterie, il est mis au fait de la situation de la province par Herman Ryland, secrétaire

chargé en titre des gouverneurs depuis 1793. Ce dernier est le plus haut fonctionnaire civil de la colonie: il est au courant de tout, il se charge de tout, et il ne cache surtout pas à son nouveau maître la piètre opinion qu'il se fait des Canadiens, et de leur religion: « une religion qui diminue et qui avilie l'esprit humain ».

Craig débute ses activités officielles par l'ouverture de la première session du 6^{ème} parlement le 29 janvier 1808. Pierre Bédard, député de la côte de Beauport, admirateur inlassable du parlementarisme anglais, prend la parole pour réclamer le respect des droits et privilèges de l'Assemblée législative: il informe le gouverneur qu'en vertu des règles du parlementarisme il se devait choisir ses conseillers parmi les députés qui jouissent d'un appui majoritaire à l'Assemblée. Présentement, le « petit ministère », formé de Britanniques inamovibles, n'est responsable de rien et ne rend de comptes à personne, ce qui est incompatible avec la façon légitime de gouverner en Angleterre, insiste Bédard.

Afin de rendre le gouvernement de la province davantage compatible avec celui de l'Angleterre, un projet de loi est d'ailleurs présenté dans le but de proscrire l'éligibilité de tout juge à l'Assemblée législative. Bref, plein d'idées et d'initiatives jugées fantasques, arrogantes et séditeuses qui scandalisent et irritent le gouverneur au suprême degré. Conseillé par son « petit ministère », il décide de sévir en ordonnant la dissolution immédiate de ce nouveau parlement: que les Canadiens ne se fassent pas d'illusions, il n'y aura pas de Glorieuse Révolution à Québec ! Mais les élections n'auront lieu qu'au mois d'octobre, c'est-à-dire dans neuf mois, ce qui permet aux Canadiens de s'organiser et de mener une « glorieuse » campagne électorale, mouvementée et fructueuse. Suite au scrutin, les Canadiens restent les maîtres incontestés de l'Assemblée. Bédard est réélu, cette fois dans la circonscription de la Basse-Ville.

Des échanges acrimonieux ont alors lieu entre le « *Quebec Mercury* » et « *Le Canadien* ». Le « *Quebec Mercury* » mène une charge aussi grossière que furieuse contre les Canadiens. Il est urgent, écrit le journal, que le gouvernement durcisse sa politique d'assimilation et de dénationalisation: « ***Les Canadiens doivent, pour***

leur propre bien, abandonner leur vilain patois et se mettre tout de suite à la langue de l'Empire. La société canadienne, féodale, arriérée, décadente, passive, mettra des siècles à développer cette colonie ! Pour leur propre bien, les Canadiens devraient être les premiers à se réjouir de leur assimilation au sein d'une race qui a amplement prouvé son extraordinaire vitalité. Leur petite société est tout ce qu'il y a de plus attristant. Encore dans l'enfance, elle est déjà chargée de tous les signes de la vieillesse et de la décrépitude ». Bref, le ton est donné à cette longue nuit coloniale où pleuvront autant de débilites que d'injures. Des propos aussi élogieux seront tenus plus tard devant le Parlement fédéral.

« *Le Canadien* », pour sa part, s'en tient à des arguments constitutionnels tirés de l'histoire du parlementarisme anglais. Il publie une série de reproches sur la conduite anti-constitutionnelle du gouverneur, comme les Anglais l'avaient fait contre Jacques II à l'époque de la Glorieuse Révolution. Plus encore, il pousse l'outrage jusqu'à publier des extraits du « *Bill of Rights* », le plus grand monument politique jamais érigé à la gloire et au triomphe des libertés immémorables des Anglais, et qui tire une distinction marquée entre un roi, lié par la loi, et un tyran, qui n'en fait qu'à sa tête. Le gouverneur et son « petit ministère » sont indignés, scandalisés: les Canadiens, au lieu de faire preuve d'humilité et de reconnaissance, se donnent des airs arrogants de whigs anglais.

Mais à Londres, les excès du gouverneur n'ont amusé personne. Dans une réprimande qu'il reçoit du grand patron, lord Castlereagh, Craig est invité à calmer ses ardeurs. Il est informé que les paroles utilisées et le langage qu'il a tenu devant l'Assemblée législative du Bas-Canada ont produit une « sensation » parmi les ministres: il lui conseille fortement d'adopter un langage plus modéré et des mots mieux choisis. Il l'informe que la dissolution d'un parlement ne peut qu'aggraver la situation lorsqu'il est légitime et populaire. De plus, il devra s'abstenir de commenter tout acte particulier de l'Assemblée, « à moins qu'il ne soit clairement illégal ou inconstitutionnel ». Bref, bien que non remercié, sa conduite est tout de même clairement désavouée !

À l'ouverture de la première session du sixième parlement, le gouverneur est bien obligé de se contenir et d'afficher des airs de dignité. Les Canadiens, eux, ne savent rien du désaveu venu de Londres, mais enhardis par leur éclatante victoire électorale de l'automne précédent, ils sont bien décidés à se montrer aussi tenaces que les parlementaires anglais du XVII^e siècle: ils poussent l'audace jusqu'à exiger la pleine responsabilité du paiement de la liste civile de l'administration publique. Ils pourront ainsi contrôler les actes et les salaires de tous les membres du « petit ministère » et de leurs affidés. L'injure à la dignité coloniale ne pouvait être plus cinglante ! Un tel outrage pourrait-il rester sans réponse ? Eh bien non !

L'outrage est ressenti comme un acte de sédition, une déclaration de guerre contre les privilèges de l'oligarchie. Craig perd toute contenance et dissout sur le champ ce nouveau parlement... qui se prend pour le souverain ! Puis, après le parlement, la colère du gouverneur et du « petit ministère » s'abat sur les chefs du parlement. Les offensés sont résolus à recourir à la manière forte pour casser l'insurrection. Pas question de s'agenouiller devant des mutins ! Le 17 mars [1810] au petit matin, Craig envoie la troupe se saisir des presses du « *Canadien* » et fait arrêter une vingtaine de personnes, propriétaires et employés du journal, qui sont emprisonnés sur le champ. Deux jours plus tard, des mandats d'arrêts sont émis contre Bédard et deux autres parlementaires, François Blanchet et Jean-Thomas Taschereau. Ces deux derniers consentiront plus tard « à confesser leurs erreurs ! » pour obtenir leur remise en liberté, mais Bédard a sa propre idée de la liberté: il ne plie pas; il n'a aucun mot à « confesser » !

Un parlementaire au cachot pendant plus d'un an

Soutenu par des convictions profondes dans le parlementarisme, Bédard réplique en exigeant sa mise en accusation et la tenue d'un procès en bonne et due forme. Craig est humilié: au vu et au su de tous, il s'est enfargé dans son propre piège ! Il n'y a pas un geste, pas un mot, pas une fausse note qu'il puisse légalement reprocher à ce « faux whig anglais » qui ne cesse, depuis son cachot, de le narguer

en faisant l'éloge de l'excellence de la constitution des Anglais, cette constitution qui a pour seule passion...la liberté ! Cette autre faux-pas de Craig ne risque-t-il pas de faire encore « sensation » à Londres ?

Le 17 avril suivant [1810], Bédard se prévaut du plus grand monument juridique jamais élevé à la gloire de la liberté: il présente une requête en *Habeas corpus* pour exiger d'être libéré... ou au moins d'être accusé d'un crime quelconque ! Le président du tribunal n'est nul autre que le complice de Craig, c'est-à-dire le très immoral juge en chef, Jonathan Sewell, celui-là même qui a conseillé et guidé le gouverneur et le « petit ministère » lors du coup de force du 17 mars. Mais nullement intimidé par le fait que tout le monde sait à Québec qu'il a joué un rôle clef dans l'organisation de cette répression, Sewell écoute, imperturbable, les arguments des avocats de Bédard, qui n'est accusé de rien, pour ensuite les rejeter un à un dans un long jugement qui ignore la loi et méprise la justice au suprême degré: le juge en chef peut se permettre tous les excès et crimes qu'il veut puisqu'il sait que seul le Conseil privé à Londres, et dans quelques années, pourrait théoriquement réviser sa décision. Sans procès ni accusation, Bédard persiste, du haut de son cachot, à faire l'éloge de cette constitution qui a pour passion la liberté. On dit parfois que l'esclave est celui qui préfère la vie à la liberté. Bédard, en restant dans ce cachot où les poux et le typhus font leur lot de victimes, a prouvé à ses oppresseurs que, parlementaire convaincu, il n'était pas né pour l'esclavage !

Le 4 avril 1811, Bédard est enfin libéré sans avoir plié: la victoire de ce Canadien, né pour la liberté, est totale ! Craig, humilié par celui qu'il avait voulu rabaisser, sent le besoin de se justifier officiellement devant le Conseil législatif dans la grande salle du Château Saint-Louis. Son explication aggrave sa bêtise et fait honte à entendre: il s'embourbe dans le ridicule jusqu'à déclarer que sa décision n'avait jamais été de « punir » Bédard, puisqu'il n'avait enfreint aucune loi du pays, mais qu'il s'agissait d'une simple mesure préventive destinée à l'empêcher de se mal conduire en portant préjudice à la dignité du gouvernement et du roi. Puis, se faisant prophète pour tourner l'avenir du pays en dérision, il ajoute:

« il n'appartient pas à une Assemblée de Canadiens de gouverner ce pays ! » Le colonialisme, c'est malheureusement ça: l'extrême banalité de l'indécence.

Pierre Bédard aura été le premier Canadien à revendiquer des droits parlementaires pour son pays. En Angleterre, une telle revendication avait déclenché, en 1642, la pire guerre civile à avoir ensanglanté ce pays, et qui devait se terminer en janvier 1649 par le procès et la décapitation, devant le peuple, de celui qui avait revendiqué le droit de gouverner sans le peuple: Charles 1^{er}.



CHAPITRE 11

La Cour suprême: une cour de sûreté de l'État

*La Cour suprême du Canada, c'est une vision
judiciaire de la loi, du droit et de la justice.*

La nature exacte du pouvoir judiciaire est depuis longtemps au Québec un sujet d'interrogation et une source d'inquiétude. De par ses origines législatives, la Cour suprême du Canada ne peut pas être qualifiée de tribunal constitutionnel au sens propre du terme. Elle a été créée en 1875 par une simple loi du Parlement fédéral définissant ses compétences et responsabilités²²³. De plus, c'est le gouvernement fédéral qui, seul, possède le privilège d'en recruter les membres par des méthodes laissant tant de place à la discrétion du premier ministre que toute garantie minimale d'objectivité, à laquelle on devrait s'attendre d'un tel tribunal, laisse place à beaucoup d'insatisfactions. Nous référant à l'expérience anglaise en matière de tribunaux politiques, on serait tenté de qualifier ce tribunal de Chambre des Estoylles²²⁴ ou de Léviathan judiciaire²²⁵. En langage moderne, on pourrait parler d'une cour de sûreté au service de l'État.

²²³ *Acte pour établir une Cour Suprême et une Cour d'Echiquier pour le Canada*, 1875, 38 Victoria, C. 11.

²²⁴ La Chambre des Estoylles était un tribunal dont les Anglais ont obtenu la dissolution parce qu'il était considéré trop lié au pouvoir exécutif.

²²⁵ Le Léviathan est cette figure de monstre mythique utilisée par Thomas Hobbes pour indiquer où, dans l'État, réside le pouvoir suprême.

❖ *Le principe d'asymétrie dans l'interprétation de la Confédération*

Jusqu'en 1949, un nombre étonnamment élevé de décisions de ce tribunal ont dû être cassées en appel par le Comité judiciaire du Conseil privé à Londres²²⁶. Ce haut tribunal de l'Empire s'est vu contraint d'intervenir régulièrement pour corriger les dérives et égarements politiques de la Cour suprême afin de rétablir le respect du pacte fédératif et le principe fondamental sur lequel il avait été conclu, soit celui d'une souveraineté provinciale telle que convenue lors de la Conférence de Québec d'octobre 1864²²⁷ et confirmée lors des Débats parlementaires de février et mars 1865. Mais la progression constante d'un sentiment national axé sur la primauté des valeurs anglo-saxonnes et le mépris de tout ce qui est canadien-français, a fini par soulever beaucoup d'agressivité contre la fermeté du Comité judiciaire du Conseil privé à faire respecter l'esprit et les promesses du pacte politique fondateur qui avait établi des règles de convivialité entre deux peuples rivaux sujets à des valeurs souvent concurrentes, parfois incompatibles. En conséquence, le gouvernement fédéral a pris l'initiative en 1949 de faire abroger – unilatéralement – les appels à ce tribunal²²⁸ parce que, a) il échappait à son emprise, b) il s'efforçait de faire respecter les garanties de convivialité nées du pacte « amical, cordial et fraternel » de 1867²²⁹, et c) il combattait

²²⁶ Le comité judiciaire du Conseil privé a été créé en 1833 par une loi du Parlement impérial: *An Act for the better Administration of Justice in His Majesty's Privy Council*, 1833, 3 & 4 Will. 4, C. 41. Sa fonction consistait à donner des avis à Sa Majesté sur tout sujet colonial et d'entendre, sur permission et à titre de tribunal de dernière instance, les appels des décisions des tribunaux coloniaux. Il était qualifié de "pure fountain of the highest law"; Ian Bushnell, *The Captive Court. A Study of the Supreme Court of Canada*, Mc Gill-Queen's University Press, 1992.

²²⁷ F. Murray Greenwood, "Lord Watson, Institutionnal self-interest and the decentralisation of Canadian federalism in the 1890's", (1974) 9 *U.B.C. Rev.* 244, aux pages 265-273.

²²⁸ *Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême, S.C. 1949, c. 37.*

²²⁹ Le professeur George F.G. Stanley écrit: "but the amendment of 1949 had been a denial of the whole concept of a federal pact upon which the union had been based"; dans *A Short history of the Canadian constitution*, Toronto, The Ryerson Press, 1969, 230 p., à la page 168. Selon cet auteur, Pierre E. Trudeau aurait, à ses débuts, supporté la thèse du pacte fédéral (p. 144 et 163) avant de s'engager en politique fédérale.

une conception malsaine de la dominance dans un État où cohabitaient deux peuples rivaux qui avaient signé la paix en renonçant officiellement à la vieille dialectique de l'asymétrie du conquérant et du conquis. Mais en renouant avec l'asymétrie politique, la Cour suprême rétablissait la violence au cœur de la lutte séculaire entre les deux peuples fondateurs du Canada. Ainsi, chacun pouvait se braquer en accusant l'autre de « lui voler son Canada ».

Une force qui dévoie la sacralité de la justice

Dès sa création, à l'instar de tout pouvoir judiciaire dans un État où la primauté de la constitution demeure perméable aux influences politiques, la Cour suprême, plus empressée à servir l'État que la justice, s'est vite appliquée à réécrire la constitution pour donner vie à la théorie d'un État national, quasi impérial, centralisé et homogène, telle que développée par le juge en chef, William Gwynne, dans les années 1880-81²³⁰. Bien que cette doctrine politique ait été désavouée à maintes reprises par le Comité judiciaire du Conseil privé, la progression d'un sentiment national, manifestement protestant et anglo-saxon, incitera ce tribunal à falsifier le sens authentique du pacte originel tant de fois qualifié à l'époque de pacte « amical, cordial et fraternel ».

Compte tenu de la particularité de ses origines législatives, de ses liens institutionnels avec l'exécutif, de sa loyauté à l'idée politique d'un État national, quasi-impérial et centralisé, ne serait-il pas légitime de mettre ici à profit le test judiciaire de la perception d'une personne raisonnable et bien informée²³¹, pour se questionner sur la bonne foi et l'indépendance d'esprit de ce haut tribunal à l'endroit de

²³⁰ Le juge William Gwynne avait développé cette théorie à l'occasion de quatre jugements rendus en 1880-81: a) *Lenoir c. Ritchie* (1880) 3 S.C.R. 57) aux pages 630-640; b) *City of Fredericton c. The Queen*, (1880) 3 S.C.R. 505 aux pages 560-574; c) *Citizen's Insurance c. Parson* (1880) 4 S.C.R. 215 aux pages 317-348; d) *Mercer c. Attorney General of Ontario* (1881) 5 S.C.R. 538 aux pages 673-712. Avant sa nomination à la Cour suprême, le juge Gwynne avait déjà établi les jalons de sa théorie dans *Re Niagara Election Case* (1878) 29 U.C.C.P.

²³¹ *Valente c. La Reine* [1985] 2 R.C.S. 673 à la page 684.

l'autorité à qui il doit son existence et à qui chacun de ses membres doit sa nomination aux plus hautes dignités dans l'État ? Les causes de malaise pour le Québec sont graves, précises et concordantes. Ainsi, tel que mentionné ci-haut, malgré l'évidence du caractère scandaleux du « fait de puissance » perpétré en 1982 alors qu'une majorité agressive avait confisqué les pouvoirs constituants dans l'État pour ses propres fins, violant le pacte de 1867 et imposant une conception proprement américaine de la loi et de la justice, ce tribunal a non seulement couvert cette agression, mais il en a nié l'illégalité en soutenant que la *Constitution de 1982* avait force de loi au Québec et que « sa légalité n'était ni contestée ni contestable²³² ». C'est triste à dire, mais la Cour suprême a toujours été un instrument de facilitation de la violence structurelle contre les droits politiques et historiques des Canadiens français. Quand la violence est légitimée et banalisée à un si haut niveau, elle échappe facilement à la conscience de ceux qui la perpétuent. En fait, cette violence politique a été à ce point banalisée qu'elle a rarement été perçue par ceux qui la subissent encore aujourd'hui comme un problème majeur qui exige des solutions et des remèdes.

La Cour suprême a beau prétendre qu'elle garantit la vérité de sa justice, il n'en demeure pas moins qu'elle collabore à une violence d'État qui consiste à mettre l'institution judiciaire qu'elle dirige au service des valeurs du groupe dominant qui l'a créée et qui nomme ses membres. En fait, elle a toujours été la servante obligée et reconnaissante du pouvoir qui lui a donné la vie. D'où sa complaisance à l'endroit de la violence politique, ses raccourcis intellectuels, ses jugements tordus et moralement injustes qui offensent la logique, la bonne foi et la confiance envers les tribunaux.

²³² RE: *Opposition à une résolution pour modifier la constitution* [1982] 2 R.C.S. 791 à la page 815.

❖ *Toute autorité est limitée et soumise à la loi*

Dès le XII^e siècle, sous Henri II, il est déjà établi que tout changement à la loi reste sans effet tant que les personnes dont elle affecte les droits ne l'ont formellement reconnue. L'autorité de la loi n'est donc jamais absolue, mais limitée et conditionnelle. Une loi n'est telle et ne mérite de porter ce nom que lorsqu'elle remplit son office d'expression et de réalisation du juste. Une loi a force obligatoire et lie en conscience lorsqu'elle est le fruit d'une intelligence sans passion, qu'elle est adoptée pour le bénéfice de tous et, surtout, qu'elle ne cherche à nuire à personne. Lorsque adoptée par une majorité agressive convaincue de détenir le droit d'imposer, par la force et la contrainte, sa conception de la loi, du droit et de la justice à un groupe politique qui ne la partage pas et qui est maître de son destin, une telle loi constitue un acte de violence et une contrefaçon de la justice. En ce cas, elle ne mérite même pas le nom de loi et a perdu les fondements mêmes de sa validité. Toute parodie de justice est exempte de force obligatoire et ne peut lier en conscience. Parodier veut dire imiter grossièrement dans une intention burlesque. Lorsqu'une majorité utilise la loi non plus comme instrument de justice mais comme procédé burlesque pour imposer arbitrairement sa dominance, une telle loi a de toute évidence perdu les fondements de sa validité et ne peut lier en conscience ceux qu'elle cherche à soumettre au moyen d'une contrainte injuste.

Pourtant, la Cour suprême du Canada, dans son renvoi judiciaire du 28 septembre de 1981, a été incapable d'y reconnaître là la manifestation suprême de l'injuste et, suivant ses conclusions fort troublantes, il n'existait aucune règle de droit exigeant le consentement du Québec puisqu'il suffisait « d'un degré appréciable de consentement des provinces pour amender » la constitution du Canada. Ce raisonnement était évidemment tordu²³³ et ravivait la vieille dialectique du conquérant et du conquis. La Cour suprême pouvait-elle avoir la mémoire si courte au point d'oublier quel a été le peuple à avoir à la fois fondé

²³³ *Renvoi sur l'amendement constitutionnel* [1981] 1 R.C.S. 753 à la page 806.

le Canada et cofondé la Confédération ? Il n'y a évidemment qu'une seule et bonne réponse à cette question. Au lieu de raisonner étrangement à partir de « ce qui n'existe pas et qui n'a jamais existé », elle aurait pu simplement se demander « s'il existait » quelque part la preuve d'un consentement libre et éclairé de la population du Québec à abdiquer ses pouvoirs constituants originaires et à se faire imposer par des partenaires politiques outrancièrement effrontés une loi qui mettait ses droits historiques sous la discrétion d'un pouvoir judiciaire dont les compétences étaient elles-mêmes incertaines et n'avaient jamais été confirmées par la Constitution.

Il est de plus insensé de présumer qu'un peuple sain d'esprit pourrait avoir abdiqué ses droits historiques et politiques les plus sacrés. Lors des Débats parlementaires de février et mars 1865, les Canadiens français avaient été implorés, au préjudice de leurs valeurs démocratiques, de renoncer à l'égalité législative garantie au sein du Canada-Uni conditionnellement à la préservation d'une large autonomie fondée sur un ensemble de compétences qualifiées de souveraines et intangibles. Cette condition avait été présentée comme essentielle lors de la Conférence de Québec de 1864 et elle avait été réitérée lors des Débats parlementaires de 1865. Elle était au cœur du pacte « amical, cordial et fraternel » des colonies britanniques²³⁴.

Une garantie publique et solennelle

Les pactes forment la loi des parties et les lient en conscience. Lors des mêmes Débats parlementaires sur la Confédération, George Brown, le principal artisan du projet, s'était adressé aux Canadiens français pour les rassurer à l'effet que leur consentement était essentiel pour légaliser ce changement à la constitution, changement qui mettait l'accent sur leur autonomie et la protection de leurs droits politiques et historiques. L'extrait suivant tiré des Débats tenus le 8 février 1865

²³⁴ *Débats parlementaires sur la Confédération*, Hunter, Rose et Lemieux, imprimeurs parlementaires, 1865; George-Etienne Cartier à la page 59: Nous sommes de races différentes non pas pour nous faire la guerre, mais afin de travailler conjointement à notre propre bien-être (applaudissements); George Brown à la page 84; John A. Mc. Donald à la page 733.

au parlement du Canada-Uni est clair au sujet du caractère légal et incontournable du consentement des Canadiens français à tout changement à la constitution:

L'Hon. George Brown: « *J'affirme que tout homme qui veut le bien du Canada ne doit pas voter contre ce projet s'il n'a à offrir quelque mesure plus propre à mettre fin aux maux et à l'injustice dont le Haut-Canada est menacée depuis si longtemps ! (Écoutez ! Écoutez !)* »

« *Que nous demandions une réforme parlementaire pour le Canada seul, ou une union incluant les provinces maritimes, il nous faut consulter les vues des Canadiens français aussi bien que les nôtres. Ce projet peut être adopté, mais nul autre qui n'aurait l'assentiment des deux populations ne saurait l'être... »* »

George-Étienne Cartier, assis juste à côté, saisit la balle au bond pour accentuer le caractère fondamental de cette affirmation:

L'Hon. Procureur général Cartier: « *Écoutez ! Écoutez ! là est toute la question !* »

Brown reprend et confirme la façon dont Cartier vient de qualifier cette garantie:

L'Hon George Brown: « *Oui ! là est toute la question !* »

Malgré la clarté de cette garantie publique confirmée de part et d'autre, la Cour suprême va l'ignorer souverainement dans son Renvoi du 28 septembre 1981 en décidant arbitrairement qu'un « *degré appréciable de consentement des provinces* » était suffisant pour amender la constitution du Canada²³⁵. Le « *Oui ! là est toute la question* » de Brown et de Cartier a été totalement évacué pour mettre l'accent sur quelque chose qui n'avait jamais existé: un pacte entre dix provinces. Ce « *Oui ! là est toute la question* » avait été une promesse publique, explicite et solennelle faite directement aux 48 députés Canadiens français du Canada-Uni²³⁶. Le consentement

²³⁵ Renvoi, *ibid.*, p. 806.

²³⁶ L'historien canadien W.L. Morton, dans son article "The Conservative Principal in Confederation", in Bruce W. Hodgins et Robert Page, *Canadian History Since Confederation. Essays and Interpretations*, Georgetown, Irwin-Dorsey Ltd, 1972, écrivait à la page 45: "I think Quebec, as a province, is a province like any other, and should remain so. I think French Canada another matter, and that it should not be identified with Quebec. I refuse to consider a

des Canadiens français avait été tenu pour essentiel avant qu'ils ne soient appelés à voter sur ce projet. Mais la Cour suprême a totalement ignoré en 1981 cette « loi des parties » parce que, tranchons le mot, son intention était... malhonnête ! Elle voulait cette charte parce que cette dernière augmentait considérablement son prestige et ses pouvoirs. Cette décision tordue et moralement injuste était une autre dérive au chapitre de ses fabulations juridiques, une violence au plus haut niveau à l'endroit des droits politiques et historiques des Canadiens français. Entre ça et un coup d'État, la différence se situe essentiellement au niveau de l'hypocrisie. Hypocrite veut dire qui dissimule ses intentions et affecte des qualités et des vertus qu'il n'a pas.

Dès 1774, le Parlement britannique, suite à une étude qui s'était prolongée sur une dizaine d'années sur les enjeux politiques et constitutionnels en Amérique du Nord, avait reconnu législativement que les Canadiens y formaient un peuple distinct²³⁷ et, afin de corriger les conséquences d'un grave déséquilibre favorisant la désobéissance civile chez les Américains, les avait expressément encouragés à perpétuer cette existence distincte et à maintenir l'ordre de droit sous lequel ils avaient prospéré jusque-là. Par la suite, nombre de loyalistes et d'immigrants ont choisi le Canada comme terre d'accueil et ont demandé d'y vivre sous la protection de ses lois et coutumes. À cette époque, démunis et minoritaires dans leur pays d'adoption, nombre de nouveaux venus avaient même qualifiée de proverbiale l'hospitalité des Canadiens à leur endroit. Aujourd'hui, enrichis et majoritaires, leurs descendants, amnésiques, n'ont pour toute gratitude de porter le nom Canadien que celle d'utiliser le poids de leur nombre pour s'attribuer, de manière fort injurieuse, le droit de dicter aux Canadiens d'origine les lois les plus importantes sous lesquelles ils sont maintenant tenus de vivre.

special status. I deny that any province has any right to secede. I think that any such attempt should be resisted by every means, including force if necessary”.

²³⁷ Arthur I. Silver, *The French-Canadian Idea of Confederation, 1864-1900*, 2^e édition, 1997: “But as the following chapters show, Quebec’s distinctiveness predates Confederation and, to a large extent, it underlay the French-Canadian approach to making Confederation in the 1860’s”.

Depuis la cession du Canada, en 1763, nombre d'auteurs, d'historiens et de juristes d'origine britannique se sont permis d'attaquer et de déprécier le régime français parce que le roi y régnait en souverain absolu²³⁸ et qu'il pouvait imposer sa volonté lorsqu'il y avait dissidence dans le processus d'adoption des lois. En quoi un « fait de puissance » perpétré par un peuple contre un autre peuple serait-il plus noble et moins dictatorial que l'exercice légitime du pouvoir d'un roi sur ses propres sujets ? Un désaveu aussi prémédité, radical et outrageant de la foi promise solennellement en 1867 constitue une impasse politique qui ébranle le pacte si souvent qualifié exagérément d'amical, cordial et fraternel par certains Pères de la Confédération. Une constitution imposée arbitrairement est un acte de violence et une parodie de justice. Elle ne peut être qu'un règlement précaire et provisoire des déséquilibres politiques dans l'État. Manifestement, la *Constitution de 1982* n'a de loi que le nom puisque, en tant que « fait de puissance », elle constitue une contrefaçon choquante du droit et de la justice²³⁹. Faut-il le rappeler, l'esclavage, « fait de puissance » brutal et absolu, a été aboli en Angleterre en 1833, en France en 1848, et aux États-Unis en 1865. Est esclave toute personne qui vit sous la puissance arbitraire d'un maître. Xénophon, disciple de Socrate, avait écrit dans les *Mémoires*: « **Tout ce qui est imposé est du domaine de la violence** ».

La violence, en matière politique, peut donc être définie comme a) toute action accomplie à titre de méthode de lutte, b) qui suppose que l'on inflige des contraintes, des dommages, des lésions psychologiques ou morales, c) de façon intentionnelle et d) contre la volonté de celui ou de ceux qui les subissent. Par exemple, réduire, paralyser ou détruire par contrainte l'autonomie d'un peuple constitue un dommage intrinsèquement mauvais. Plus généralement, on peut dire que toute méthode de lutte qui suppose que l'on inflige un mal intrinsèque

²³⁸ John George Bourinot, "Local Government in Canada: A Historical Study", dans H.B. Adams, éd., *John Hopkins Studies in Historical and Political Science*, 5^e série, V-VI, Baltimore, 1887, à la page 19.

²³⁹ "Le monde n'appartient qu'aux forts qui pratiquent des solutions totales," à la page 257 d'un ouvrage célèbre paru en version française en 1934 sous le titre de *Mein Kampf*, édité par les Nouvelles Éditions Latines.

de façon intentionnelle et forcée constitue un acte de violence politique²⁴⁰. Au Québec, on a pris l'habitude de fermer les yeux sur ce genre de violence. Cela appartient au domaine de la banalité. Mais tant qu'une violence n'est pas identifiée et désignée nommément, elle peut continuer à se perpétuer parce qu'elle fait partie de la norme, c'est-à-dire de la normalité de la vie et des mœurs politiques de l'endroit.

²⁴⁰ Giuliano Pontara, « La violence » in *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, 2004.



CHAPITRE 12

D'échec en échec, la nation se délite

Bien que le Canada et les Canadiens exultent et se transportent facilement dans des états qui frisent la suffisance lorsqu'il est question de l'exemplarité de leurs valeurs démocratiques, il est attristant de constater que la *Loi constitutionnelle de 1982* constitue un « fait de puissance » de la majorité contre les droits historiques de la minorité. Cette loi visait autoritairement et, malheureusement avec succès, au cœur du difficile compromis conclu en 1864–67 entre deux populations issues de deux civilisations distinctes. Son but était de tronquer les droits politiques des Canadiens français de la province de Québec en s'en prenant une fois de plus à son autonomie législative, pourtant principe fondateur du système fédératif canadien.

De plus, contrairement à l'image idyllique qui en est souvent faite, la Constitution de 1867 n'avait nullement été le fruit d'un consensus politique obtenu dans une atmosphère de sérénité et dans le respect des usages propres aux sociétés libres et démocratiques. Le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse, initialement réfractaires à ce projet qualifié de vexatoire, seront incluses de force dans la Confédération. Quant au Bas-Canada, suite à une avalanche de promesses alléchantes à l'effet que la nouvelle constitution serait fondée sur des principes bien établis d'une union fédérative respectant la souveraineté de chaque province, il cédera au Haut-Canada l'essentiel de ce que les réformistes et les radicaux de cette province réclamaient

bruyamment – parfois même à coups de menaces explicites de recours à la violence – depuis le milieu du siècle²⁴¹.

❖ *L'idée d'un pays libre et démocratique*

Dans le Bas-Canada des années 1820, l'idée de constituer un pays libre et démocratique, garantissant tout à la fois les libertés publiques et les droits historiques de la nation, avait beaucoup marqué l'imaginaire des Canadiens. L'idée républicaine de contenir les prérogatives d'un gouvernement centralisé, autoritaire et rongé par un patronage scandaleux érigé en système avait fait aussi des progrès²⁴². Le projet de Confédération, pourtant, est allé dans la direction opposée.

Les libéraux du Bas-Canada, de même qu'un petit nombre de députés conservateurs ou indépendants, dénoncent alors le projet de George-Étienne Cartier comme une entreprise absolutiste et anti-démocratique reproduisant fidèlement les grandes lignes du plan d'assimilation de lord Durham. De plus, il s'agissait, selon eux, d'un sérieux pas en arrière parce que le projet sacrifiait, sans garantie, les libertés publiques et les droits historiques acquis de haute lutte depuis près d'un siècle²⁴³. Une égalité législative de façade, acquise en 1840, était aussi sacrifiée, elle qui, malgré ses défauts, parvenait à préserver l'égalité politique des Canadiens au sein du Canada-Uni. Que deviendra l'autonomie politique, tellement importante aux yeux des Canadiens, face à une « métropole » fédérale et anglo-saxonne

²⁴¹ Durant les Débats parlementaires tenus en février et mars 1865, le député Matthew C. Cameron avait déclaré que le député George Brown, à titre de propriétaire du Globe de Toronto, avait répété pendant des années que nous aurions une révolution si le Bas-Canada ne consentait pas à une réforme de l'Acte d'Union en faveur du Haut-Canada; dans *Débats parlementaires sur la question de la Confédération*, Québec, Hunter, Rose et Lemieux, imprimeurs parlementaires, 1865. Finalement, c'est l'Ontario qui triomphera sur toute la ligne puisque, en plus d'obtenir la majorité au gouvernement et au parlement fédéral, elle ne cédera strictement rien aux Canadiens français des autres provinces sur les plans linguistique et scolaire. Quant à la province de Québec, elle allait commencer son aventure fédérale avec du plomb dans l'aile.

²⁴² Les idées défendues par les libéraux sont celles déjà présentes dans les Quatre-Vingt-Douze-Résolutions de 1834.

²⁴³ Joseph F. Perrault, député de Richelieu: Nous jouissons aujourd'hui d'un gouvernement responsable chèrement acheté au prix d'un siècle de luttes historiques; dans *Débats parlementaires sur la Confédération*, *ibid. supra note 242* à la page 603.

concentrant entre ses mains les principaux pouvoirs de la couronne et disposant du droit de prélever d'énormes revenus par tous modes de taxation? Quel sort la majorité, si facilement agressive et intransigeante, réservera-t-elle aux lois et coutumes garanties aux Canadiens par l'Acte de Québec²⁴⁴ ? Était-il judicieux, de la part des Canadiens, de compromettre leur droit d'exister et de s'affirmer dans la durée en contractant un pacte fédéral avec une majorité dont la devise politique bien connue était sans ambiguïté: *Keep Canada British* !

La Grande Coalition de 1864

Le projet de Confédération est né opportunément de la formation de la Grande Coalition de juin 1864. Les chefs de cette coalition sont John A. McDonald, George-Étienne Cartier et le libéral-réformiste du Haut-Canada, George Brown. Au Bas-Canada, l'annonce d'un changement majeur à la constitution de l'Union déclenche une inquiétude généralisée, et ce, tant chez les conservateurs que chez les libéraux. Il se forme promptement une unanimité à l'effet que le projet devra être jugé en fonction de sa capacité à protéger la nationalité, les institutions et la langue des Canadiens²⁴⁵. Tout projet qui mettra en péril l'une quelconque de ces valeurs sacrées devra être vigoureusement combattu²⁴⁶. Toutefois, s'il est relativement facile de s'entendre sur des

²⁴⁴ Christopher Dunkin, député de Brome: "Il fut un temps en Canada où il était presque impossible à un Britannique d'élever la voix pour dire que, tout considéré, les Canadiens français ne méritaient pas qu'on les fit disparaître de la face de la terre"; dans *Débats parlementaires sur la Confédération*, *ibid. supra note 242* à la page 516.

²⁴⁵ *La Minerve*, organe officiel de parti de George-Étienne Cartier, le 15 octobre 1864: "Le Bas-Canada ne consentira jamais à laisser régler ses intérêts particuliers par les habitants des autres provinces. Ce droit est reconnu en principe par tous les délégués. [...] Tout projet de loi qui, directement ou indirectement, mettrait en danger notre autonomie politique, serait rejeté à l'unanimité par nos compatriotes. Nous voulons une constitution solide, nous voulons donner au pouvoir central la force suffisante pour le bon fonctionnement des affaires, mais nous exigeons, avant tout, une liberté et une juridiction parfaite des provinces pour la direction de leurs affaires d'intérieur."

²⁴⁶ *La Minerve*, organe officiel du parti de George-Étienne Cartier, le 13 août 1864: "C'est pour le Bas-Canada, seul, que nous demandons une confédération afin de mettre à l'abri notre existence nationale comme race française et catholique. C'est seulement pour conserver cette nationalité, à laquelle nous tenons autant qu'à la vie, que nous demandons une confédération. [...] Dans la confédération, notre nationalité, contre laquelle s'acharnent tant d'ambitieux et de

idées générales et abstraites, il est plus difficile de juger de la valeur réelle d'un système entièrement nouveau, singulièrement complexe et qui laisse la direction du pays dans les mains de la majorité anglo-saxonne²⁴⁷. Là-dessus, libéraux et conservateurs du Bas-Canada se divisent et s'affrontent sur toutes les tribunes.

Les libéraux du Bas-Canada, fervents défenseurs de la démocratie et de la décentralisation, jugent que l'ensemble du projet est tellement centralisateur et donne tant de pouvoir au gouvernement fédéral qu'au lieu de protéger notre droit d'exister et de nous affirmer dans la durée, il ne fera qu'en accroître le péril. De plus, en renonçant à l'égalité législative garantie par la constitution du Canada-Uni, les Canadiens se mettent à la merci des humeurs, des caprices et de l'arbitraire d'une majorité avec laquelle les rapports n'ont jamais été amicaux. Et l'expérience, ajoute-t-on, a amplement démontré que les majorités sont toujours agressives et portées à la tyrannie. Comment pourra-t-il en être autrement dans ce cas-ci ? Qui aurait oublié la répression sauvage et la pendaison des patriotes ? Qui aurait oublié le saccage et l'incendie du Parlement du Canada-Uni en 1849 ? Qui aurait oublié la tentative audacieuse et impressionnante des anglo-protestants de lyncher le premier ministre Lafontaine, puis de le promener triomphalement au bout d'une corde par les rues de Montréal afin que tous sachent qui étaient les maîtres dans ce pays ? N'était-ce pas un lieu commun d'entendre les anglo-protestants de Montréal menacer les Canadiens de les faire disparaître de la surface de la terre ? À n'en pas douter, le parlement fédéral sera facilement dominé par des gens intolérants et réfractaires à tout ce qui est canadien. Quant au gouvernement fédéral, concentrant entre ses mains les principaux pouvoirs de la couronne, il pourra lui aussi être dominé par des Britanniques intéressés essentiellement à faire

fanatiques, trouvera un refuge assuré, sans cependant recourir à un isolement qui lui serait fatal." Des propos très semblables sont tenus par *La Minerve* le 9 septembre 1864; par *Le Courrier du Canada* le 24 juin 1864; la *Gazette de Sorel* le 3 septembre 1864.

²⁴⁷ Christopher Dunkin, député de Brome: "Littéralement, ce projet a l'air de promettre toute chose à tout le monde; et, cependant, [...] l'on s'aperçoit que tout y est ambigu, insaisissable et sans réalité"; dans *Débats parlementaires sur la Confédération*, supra note 242 à la page 495.

prévaloir leur langue, leur culture, leurs valeurs et, bien entendu, leur conception essentiellement protestante de la loi, du droit et de la justice.

Au plan du respect de l'expression de la volonté populaire, l'affrontement entre conservateurs et libéraux du Bas-Canada est total. Conformément aux principes politiques défendus par leur parti depuis près de cinquante ans, les Rouges réclament énergiquement le respect des valeurs républicaines et démocratiques²⁴⁸. Ils revendiquent le droit, pour la population du Bas-Canada, de se prononcer souverainement sur tout changement à la constitution de l'Union par voie de référendum. Au moins, par voie d'élections référendaires. Des pétitions, dont certaines comprenant jusqu'à vingt mille noms, viennent appuyer les demandes de procéder selon les règles propres aux collectivités libres et démocratiques²⁴⁹. D'ailleurs, durant les Débats parlementaires sur le projet de constitution, tenus en février et mars 1865, l'appel au peuple sera le sujet le plus longuement débattu par les députés, mais rejeté par la majorité.

George-Étienne Cartier, chef des conservateurs du Bas-Canada, voyait les choses plus simplement. En vertu des principes de la constitution britannique, toute modification à la constitution relevait de la seule discrétion des élus, et de personne d'autre. Ne cachant nullement son aversion pour les « extrémistes, socialistes, démocrates et anarchistes », il soutenait que les députés, élus en 1863, possédaient la compétence légale pour se prononcer sur l'adoption du projet de constitution sans besoin d'en appeler au peuple, et ce, même si ce

²⁴⁸ Henry B.M. Best, *George-Étienne Cartier*, thèse de doctorat, Université Laval, 1969, aux pages 318 et 321.

²⁴⁹ Joseph F. Perrault, député de Richelieu: "Aujourd'hui, le gouvernement nous jette à tout instant cette insulte à la figure: "Vous ne représentez rien ici; l'opinion publique est contre vous." Eh bien ! M. le Président, j'aimerais beaucoup savoir de l'hon. [George-Étienne Cartier] du Bas-Canada si lui et son hon. collègue, le premier ministre, avaient pour eux la majorité du peuple et le clergé bas-canadien, alors qu'en 1837 ils protestaient énergiquement contre les injustices faites à leurs compatriotes. Non ! M. le Président, à cette époque ils faisaient partie de la petite phalange qui alla jusqu'à lever l'étendard de la révolte dans les plaines de St. Denis et de St.Charles. Les temps sont bien changés, n'est-ce pas ? Aujourd'hui, ces mêmes hommes, les révolutionnaires d'autrefois, font l'impossible pour refuser au peuple le droit de se prononcer pour ou contre les changements constitutionnels qu'on veut lui imposer. Un pareil oubli de leur passé est réellement déplorable."; dans *Débats parlementaires sur la Confédération*, à la page 603.

projet n'avait aucunement été débattu lors de la campagne électorale de juin 1863. Quant au contenu du projet, il était convaincu que le partage des compétences, contenu dans les résolutions adoptées lors de la Conférence de Québec, du 10 au 27 octobre 1864, conférerait au Québec une large autonomie, constituant une véritable souveraineté provinciale détenant toutes les compétences nécessaires pour protéger à la fois l'avenir de la nationalité, de la langue, des institutions et de la religion des Canadiens. Selon lui, on ne pouvait espérer mieux.

Lors des dix-sept jours de débats tenus à Québec pour l'adoption de ces résolutions, les deux principales exigences formulées par Cartier avaient été, d'une part, de s'assurer de la pleine compétence des provinces en matière de « propriété et de droits civils » et, d'autre part, d'indiquer dans le préambule de la loi le caractère fédératif de la nouvelle union, laquelle était formée explicitement dans le but de favoriser la « prospérité des provinces et les intérêts de l'Empire ». Tout le reste lui paraissait plutôt secondaire. D'ailleurs, contrairement à sa réputation d'orateur intarissable, il s'enferma dans un mutisme total et incompréhensible durant les dix-sept jours que dureront les débats. Des soixante-douze résolutions adoptées durant cette conférence, pourtant la plus importante jamais tenue sur l'avenir du Canada, aucune ne sera présentée par lui ni d'ailleurs par l'un quelconque des trois autres Canadiens présents durant les séances²⁵⁰. Il semble toutefois qu'il aurait fait part de ses demandes chaque matin lors de caucus tenus avant la reprise des travaux²⁵¹, mais il n'y a aucune preuve pour soutenir cette explication. La grande majorité des résolutions seront préparées et présentées par le conservateur John A. McDonald du Haut-Canada; les autres, pour la grande part, le seront par George Brown, libéral-réformiste du Haut-Canada.

²⁵⁰ Best, *supra note* 249 à la page 298.

²⁵¹ *Ibid.* à la page 300.

❖ *La presse tenue dans une ignorance totale*

Mais Georges-Étienne Cartier était loin d'être seul à se réclamer des principes de la constitution britannique pour justifier le pouvoir des élites politiques à changer la constitution à leur seule discrétion puisque toute la Conférence de Québec a eu lieu dans un huis-clos total, comme s'il n'avait été question que d'une affaire privée²⁵². Les principaux représentants de l'opposition de toutes les colonies avaient été invités et étaient présents à la Conférence, à l'exception des libéraux du Bas-Canada qui avaient été délibérément écartés pour leurs convictions démocratiques bien connues et peu conciliables avec celles des Pères fondateurs²⁵³. Pour leur part, les journalistes, nombreux et tenus à l'écart des travaux, n'ont pu rapporter à leurs lecteurs que des rumeurs et quelques rares indiscretions²⁵⁴. Contrairement au mythe soigneusement entretenu à l'effet que le Canada aurait une tradition exemplaire en matière de civisme politique et de démocratie, la Confédération est née essentiellement d'un acte d'autorité des élites, et non pas de la libre expression de la volonté populaire.

Plusieurs quotidiens identifiés à la presse ministérielle du Bas-Canada ont par ailleurs donné un appui enthousiaste à l'image que Cartier cherchait à présenter du projet de Confédération²⁵⁵. Non seulement la nouvelle constitution devait protéger le droit d'exister et l'avenir de la nationalité, mais elle en constituait une reconnaissance formelle. L'autonomie octroyée n'avait rien de banal puisqu'en vertu d'un fédéralisme authentique, la province de Québec serait à la fois séparée et indépendante, c'est-à-dire séparée de toutes les autres provinces et indépendante en vertu d'un ensemble de compétences souveraines et intangibles²⁵⁶. Dans le cadre de cette confédération décentralisée, garantissant une véritable souveraineté provinciale, les droits historiques et nationaux des Canadiens de la province de Québec

²⁵² *Ibid.* aux pages 300 à 303.

²⁵³ *Ibid.* aux pages 318 et 321.

²⁵⁴ *Ibid.* aux pages 302 et 303.

²⁵⁵ Arthur I. Silver, *The French-Canadian Idea of Confederation, 1864-1900*, 2^e éd., Toronto, University of Toronto Press, aux pages 35 à 37.

²⁵⁶ *Ibid.* Best, à la page 334; *ibid.* Silver, à la page 41.

ne pourraient jamais être affectés ou mis en péril par les décisions des habitants des autres provinces²⁵⁷. Le pouvoir fédéral n'aurait compétence que dans les seuls domaines où les intérêts des Canadiens, des Écossais, des Irlandais, des Anglo-irlandais et des Anglais seraient communs²⁵⁸ ou identiques²⁵⁹.

L'avenir de la nationalité canadienne allait donc demeurer entre les mains de sa législature provinciale puisque seule cette dernière devait détenir les pouvoirs nécessaires à la protection et à la promotion des droits historiques et nationaux des Canadiens²⁶⁰. Quant à l'indépendance totale de la province, bien que fort souhaitable, elle n'est pas réaliste pour l'instant, mais « simplement pour l'instant » précisent les rédacteurs de la presse ministérielle²⁶¹. À n'en pas douter, la province de Québec peut et doit aspirer à former un jour une véritable nation politique destinée à se donner un projet d'avenir et à s'affirmer dans la durée²⁶² mais, d'ici là, la Confédération lui permettra de progresser et de se préparer pour le jour où elle pourra enfin aller à la rencontre de son destin²⁶³. À l'évidence, l'idée même d'une souveraineté provinciale authentique devait constituer la caractéristique essentielle du système fédératif canadien²⁶⁴. Le rêve ultime des « vrais patriotes » allait enfin se concrétiser. La province

²⁵⁷ *La Minerve*, supra note 246, 15 octobre 1864.

²⁵⁸ George-Etienne Cartier, dans *Débats parlementaires sur la Confédération*, supra note 242 à la page 54.

²⁵⁹ *La Minerve*, 15 octobre 1864.

²⁶⁰ Dans la presse, au Québec, il y a toujours unanimité à l'effet que l'autonomie provinciale constituait une condition essentielle à l'acceptation de la Confédération: *Le Journal de Québec*, 24 février, 4 et 18 mars 1875; *L'Évènement*, 10 et 12 mars 1875; *Le Journal des Trois-Rivières*, 8 mars 1875; *Le Courrier du Canada*, 1^{er} et 8 mars 1875.

²⁶¹ *La Minerve*, 5 janvier 1865; *Le Pionnier de Sherbrooke*, 9 mars 1867.

²⁶² *Le Journal de Québec*, 17 décembre 1864. George Brown a lui-même fait des promesses explicites en ce sens.

²⁶³ *Ibid.*; Joseph Cauchon, *L'Union des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, Québec, Côté imp., 1865, à la page 25.

²⁶⁴ Ce principe de souveraineté provinciale sera par la suite confirmé par plusieurs décisions du comité judiciaire du Conseil privé à Londres. Voir en ce sens les motifs rédigés par Sir Barnes Peacock dans *Hodge v. The Queen* [1883] 9 A.C. 117, à la page 132; Lord Watson dans *Liquidators of the Maritime Bank v. Receiver General of New Brunswick* [1892] A.C. 437, à la page 441; Lord Haldane dans *Re Initiative and Referendum Act* [1919] A.C. 935, à la page 942: "Each Province was to retain its independence and autonomy and to be directly under the Crown as its head."

de Québec pouvait accéder à une souveraineté relative tout en bénéficiant de la prospérité et de la stabilité économique d'un fédéralisme véritable garantissant la protection de ses valeurs les plus sacrées. À n'en point douter, loin de chercher à affaiblir les bases de leur nationalité, la Confédération devait mettre en place un système de souveraineté-association faisant la plus grande part à la souveraineté et la plus petite à l'association²⁶⁵.

Cartier lui-même a encouragé les ténors de la presse ministérielle à utiliser ce genre de rhétorique susceptible de soulever un enthousiasme général en faveur de ce projet de constitution. Lors de son retour de la Conférence de Londres, en avril 1867, s'adressant à la foule venue le saluer, il a cherché à rassurer cet auditoire en lui disant qu'il avait mis le plus grand soin à n'accorder au gouvernement fédéral que les compétences qui lui étaient strictement nécessaires pour servir les intérêts de la Confédération et que sa principale préoccupation n'avait été que de protéger la nationalité, la langue, les institutions et la religion des Canadiens [français²⁶⁶]. Par excès d'optimisme, il est évident que Cartier et les plus vifs défenseurs du projet de Confédération en ont gravement exagéré les qualités et occultés les désavantages, mais on ne peut douter de la sincérité de nombreux députés à l'effet que la part de souveraineté laissée à la province lui permettrait réellement de protéger efficacement la nationalité, la langue, les institutions et la religion des Canadiens de la province de Québec. En ce qui concerne Cartier personnellement, habité par une intime conviction de posséder un jugement politique d'une rare acuité²⁶⁷, sa grande erreur a été d'avoir écarté, avec beaucoup de légèreté et de mépris, la sage mise en garde du libéral Antoine-Aimé Dorion à l'effet que les majorités ne tardent jamais très longtemps à se montrer agressives²⁶⁸.

²⁶⁵ Silver, *supra note 256* à la page 219.

²⁶⁶ *L'Union des Cantons de l'Est*, 23 mai 1867.

²⁶⁷ Cartier ne cachait nullement l'excellente opinion qu'il avait de lui-même. Dans *Débats parlementaires sur la Confédération*, *supra note 242* à la page 503: "Je ne me suis rarement trompé"; à la page 504: "Lorsqu'il nous verra à l'œuvre..."; à la page 1011: "C'est très vrai, je ne consulte personne quand je veux prendre une détermination".

²⁶⁸ *Débats parlementaires sur la Confédération*, *ibid.* à la page 253; Bruce W. Hodgins, *Democracy and the Ontario Fathers of Confederation*, à la page 29: "The largest, most

❖ *L'impérialisme juridique de la Cour suprême*

En 1982, le compromis imprudent et malheureux de 1867 est, cette fois-ci, violé brutalement par un consensus politique du Canada majoritaire acquiesçant à une réforme en profondeur de l'édifice constitutionnel. La souveraineté provinciale, si hautement proclamée par George-Étienne Cartier comme sûreté essentielle et suffisante à la protection de la nationalité des Canadiens à l'intérieur de la Confédération, est délibérément mise en état de subordination « de fait et de droit » au mépris des valeurs démocratiques et de la primauté du droit. Les méthodes autoritaires de 1763, 1774, 1791, 1841 et 1867 sont réutilisées sans scrupules et avec le même succès.

Pour la Cour suprême du Canada, qui rate rarement une bonne occasion de se gonfler d'orgueil à la seule évocation de l'excellence des valeurs canadiennes, la légalité de la nouvelle constitution, bien qu'universellement ressentie comme une injure indescriptible au Québec, demeurerait quand même « incontestée et incontestable²⁶⁹ ». Le coup de force, favorisé par de graves indiscretions commises par des membres de la Cour suprême et perpétré par les premiers ministres de la majorité pour s'appropriier les pouvoirs constituants et les exercer à l'avantage de « leur » Canada ne porterait pas ombrage à la légalité du résultat puisqu'il suffit « d'un degré appréciable de consentement des provinces pour amender les éléments fédératifs de notre constitution²⁷⁰ », de déclarer le tribunal dans une décision essentiellement politique rendue le 28 septembre 1981.

Mais d'où la Cour suprême tirait-elle une telle règle de droit ? Dans ce même jugement, elle avait pris la peine de faire une distinction – erronée et non applicable dans les circonstances – entre

articulated and intellectual group of “democrats” in the Canadian provincial parliament were not Ontarians. They were the anti-clerical “Rouge” oppositionists from the Montreal area led by A.-A. Dorion”.

²⁶⁹ Renvoi: opposition à une résolution pour modifier la constitution [1982] 2 R.C.S. 793, à la page 806: “La Loi constitutionnelle de 1982 est maintenant en vigueur. Sa légalité n'est ni contestée ni contestable”.

²⁷⁰ Renvoi pour modifier la constitution, [1981] 1 R.C.S. p. 753. L'historien Frédéric Bastien, dans son livre *La bataille de Londres*, a clairement démontré, à l'aide d'archives, la conduite scandaleuse de certains juges de la Cour suprême dans le déroulement de ce coup de force.

« légalité » et « légitimité ». Selon elle, les tribunaux ne pouvaient être liés par de simples règles de légitimité parce qu'elles ne relevaient que de la politique et de la morale. Ces règles n'étaient pas des lois au sens vrai et authentique du terme, disait-elle. Seules les lois du Parlement étaient de vraies règles de droit. Alors dans quelle loi au sens vrai et authentique du terme la Cour suprême a-t-elle trouvé la règle du « degré appréciable de consentement des provinces » ? Absolument nulle part ! Il n'existe aucune loi dans notre constitution qui dit ce que la Cour suprême vient d'affirmer. Elle se contredit pratiquement à l'intérieur d'une même phrase. En fait, elle divague. Elle a purement et simplement inventé ce subterfuge pour éviter de nuire à un processus de rapatriement qui devait résulter en une augmentation de son prestige et de ses pouvoirs.

À l'époque de la Confédération, tous les ministres avaient formellement déclaré que le consentement du Bas-Canada était une condition incontournable à la formation de la nouvelle constitution. Sans ce consentement explicite, il ne se passerait rien: « là était toute la question » disaient-ils. Mais, en 1981, la question de l'incontournable consentement du Bas-Canada a disparu. Il suffit maintenant d'un « degré appréciable de consentement des provinces », ce qui mettait le Québec à la merci des provinces, c'est-à-dire du Canada anglais. Ce subterfuge de circonstance de la Cour suprême était tordu et gravement malhonnête. Il donnait peut-être des apparences de logique et d'objectivité mais, dans les faits, il n'était qu'une fabrication pour mystifier les esprits et priver le Québec de ses droits historiques et nationaux. Sans doute, ce tribunal avait bien retenu la leçon de Hobbes: « La loi est proprement la parole de ceux qui commandent aux autres, car c'est l'autorité, et non la vérité, qui fait la loi ».

Il est singulièrement édifiant d'apprendre d'une si haute autorité morale, qu'au Canada, les lois au sommet de la hiérarchie légale peuvent être changées en un tournemain par la force et l'imposture. Les Canadiens français de la province de Québec, constituant pourtant le peuple fondateur du Canada et cofondateur de la Confédération, sont dépossédés par la force et la mauvaise foi de leur droit historique de protéger leur existence en tant que nation distincte vivant au milieu

d'une civilisation anglo-saxonne peu sympathique à leur langue et à leur culture. Désormais, seules les provinces jouissent du droit à l'égalité au Canada. Nié dans ses droits historiques explicitement reconnus en 1867, le Québec est tenu pour identique aux autres provinces. Il se retrouve piégé et trompé par un sophisme de droits égaux qui n'ont rien d'égal. Un raisonnement qui est logique en apparence, mais qui est conçu avec la seule idée de tromper, alors que la question essentielle était de savoir si le Canada majoritaire pouvait modifier unilatéralement et substantiellement le Pacte supposément amical, cordial et fraternel de 1867 de manière à en changer l'esprit et à assujettir la province de Québec à sa volonté. En 1867, on avait cherché à plaire et à rassurer par des promesses gravement exagérées qui seront vite oubliées. En 1982, on s'est contenté de la force, de la contrainte et d'une mauvaise foi hors du commun.

À partir des années 1889, les *Equal Righters* de l'Ontario et du Manitoba s'étaient déjà prévalu avec succès du principe d'égalité pour réclamer et justifier l'adoption de lois inspirées par des théories sur le darwinisme social afin de mener une guerre à finir contre les droits linguistiques et scolaires des Canadiens français de ces deux provinces. En fait, l'égalité alléguée se résumait tout simplement en une obligation, pour ces francophones, de s'assimiler à la langue et à la culture des Anglo-Saxons. Le cri de ralliement de cette croisade des droits égaux était moralement pitoyable: *Equal rights to all, special privileges to none*.

En 1982, l'égalité des droits est à nouveau invoquée pour, cette fois-ci, revenir sur les garanties de 1867 et justifier la subordination de la nation minoritaire aux impératifs et intérêts de la majorité. Dans les années 1889 et suivantes, les « *Equal Righters* » avaient prétendu, avec une arrogance qui choque le bon sens et la morale, détenir le pouvoir d'abolir les droits des Canadiens français du seul fait de leur appartenance à une race d'exception justifiée d'établir sa dominance par la force. Certains politiciens étaient si fiers d'appartenir à cette race supérieure qu'ils ne manquaient une occasion de s'en vanter lors des débats au Parlement fédéral. En 1982, bien que les

théories raciales de l'époque des *Equal Righters* aient été ostensiblement expurgées du langage politique, un autre raisonnement alambiqué conçu pour induire en erreur, fondé cette fois-ci sur les droits égaux des provinces, permet à la majorité d'affirmer en toute quiétude un prétendu droit inhérent à la dominance²⁷¹. Légiférer ne constituerait donc pas un acte de justice à la poursuite du bien commun, mais la simple affirmation d'un droit inhérent à dominer²⁷². En jouant habilement avec les mots, n'importe qui peut justifier n'importe quoi. C'est la vieille méthode des sophistes.

Malgré cette mise en état de servitude politique par d'anciens partenaires ayant renié le principe de la souveraineté provinciale proclamée solennellement en 1864 – 67, la Cour suprême en a rajouté en déclarant que le Québec ne saurait constituer une société colonisée ou réprimée. Si tel est réellement le cas, alors comment qualifier, et justifier juridiquement, le fait qu'un peuple, entretenant orgueilleusement le mythe de nation démocratique exemplaire, puisse confisquer les pouvoirs constituants dans l'État pour dicter bêtement sa volonté à un autre peuple, ami et amical, ayant entretenu une longue tradition d'attachement à des valeurs républicaines et démocratiques. L'État de droit n'est censé exister, dit-on, que là où le système politique en place exclut tout pouvoir arbitraire chez ses dirigeants.

Les Américains, alors que leur mère-patrie voulait leur imposer sans leur assentiment une taxe insignifiante de trois pences afin de pourvoir à leur propre défense, avaient réagi de façon tranchante en affirmant qu'ils n'avaient aucune inclination à devenir les esclaves

²⁷¹ Barry L. Strayer, *Judicial review of Legislation in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1968, à la page 209.

²⁷² En 1864-67, la question essentielle n'était pas celle de l'égalité des provinces, mais celle de savoir si l'autonomie laissée à la province de Québec lui permettrait de protéger efficacement sa langue, sa culture et ses institutions. En réglant la question sous l'angle de l'égalité des provinces, la Cour suprême a saboté l'équilibre recherché en 1864-67 et a manifesté son parti pris en faveur du concept de l'État national. Elle se lave les mains de tout reproche tout en avalisant une thèse qui a toujours été rejetée par le Québec. Elle se retranche derrière la façade idéologique de l'égalité en droit des provinces pour mieux justifier la subordination de la population française du Québec à celle du Canada majoritaire qui peut ainsi plus facilement modeler le Canada à son image et à sa ressemblance.

de leurs cousins d'Angleterre²⁷³. Imprégnés des principes immémoriaux d'un droit inaliénable à la liberté, ils ont pris toutes les mesures légitimes pour mettre un terme à cet attentat à leur dignité d'hommes libres.

Les Anglais eux-mêmes, tout au long de leur histoire constitutionnelle, dès la Charte de 1215 jusqu'à la Glorieuse Révolution de 1688, n'ont jamais hésité à qualifier de tyranniques les tentatives de leurs rois à se comporter en souverains absolus. Ils ont livré de véritables guerres civiles pour obliger leurs rois à cesser de se comporter en usurpateurs de leurs droits d'hommes libres. En 1649, ils ont jugé, condamné et tranché la tête de leur propre souverain, Charles 1^{er}, pour avoir excédé ses prérogatives royales et, en 1688, ils étaient résolus à répéter le même exercice à l'endroit de Jacques II pour des reproches de même nature.

Lors des débats parlementaires sur la Confédération, John A. McDonald et George Brown se faisaient gloire de clamer que la nouvelle union « amicale, cordiale et fraternelle » mettrait un terme définitif à toutes les causes de friction au Canada. Maintenant que le Canada majoritaire a, de tout évidence, conquis l'État pour ses propres fins, que reste-t-il de l'amitié, de la cordialité et de la fraternité tant de fois promises de 1864 à 1867²⁷⁴? Existe-t-il un état de droit dans le Canada ? Hanna Arendt ne faisait-elle pas preuve de perspicacité lorsqu'elle affirmait que les colonisés et les minorités politiques étaient essentiellement des cousins germains ?

²⁷³ Avant que n'éclate la révolution américaine, le parlementaire Edmund Burke, dans une allocution devant le Parlement impérial, avait fait remarquer que les Américains ne faisaient que suivre la logique de John Hampden, au siècle précédent, lorsqu'il avait refusé de payer une taxe jugée illégale: "The feelings of the colonies were formerly the feelings of Great Britain. Their's were formerly the feelings of John Hampden when called upon for the payment of twenty shillings. Would twenty shillings have ruined Mr. Hampden's fortune ? No ! but the payment of half twenty shillings, on the principles it was demanded, WOULD HAVE MADE HIM A SLAVE". Et plus loin, il ajoute: "If the [british] sovereignty and their freedom cannot be reconciled, which will they take ? They will cast your sovereignty in your face. NOBODY WILL BE ARGUED INTO SLAVERY". Extraits tirés de *Speech on American Taxation* rapportés par William Holdsworth, *A History of English law*, Methuen & Co, Sweet and Maxwell, vol. XI aux pages 117, 127 et 128. En 1982, la réduction en esclavage ne consistait pas en l'imposition d'une taxe insignifiante, mais en l'imposition à tout un peuple des lois les plus importantes par lequel il est gouverné.

²⁷⁴ *Débats parlementaires sur la Confédération, supra note 242* aux pages 59, 84-86, 97, 733.



ANNEXE

Informations additionnelles en ligne

L'Acte de Québec (1774)

Site web de l'Assemblée nationale du Québec

[https://www.assnat.qc.ca/fr/patrimoine/lexique/acte-de-quebec-\(1774\).html](https://www.assnat.qc.ca/fr/patrimoine/lexique/acte-de-quebec-(1774).html)

1783 : Traité de Paris

Site web Par ici la démocratie – Assemblée nationale du Québec

<https://www.paricilademocratie.com/approfondir/territoire-et-constitutions/360-1783-traite-de-paris>

1774 : Acte de Québec

Site web Par ici la démocratie – Assemblée nationale du Québec

<https://www.paricilademocratie.com/approfondir/territoire-et-constitutions/358-1774-acte-de-quebec>

Acte de Québec - 1774-06-22

Sur le site web du ministère de la Culture et des Communications du Québec

<https://www.patrimoine-culturel.gouv.qc.ca/rpcq/detail.do?methode=consulter&id=27880&type=pge>

The Quebec Act, 1774 (The British North America (Quebec) Act, 1774.)

Site web The Solon Law Archive

https://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/PreConfederation/qa_1774.html

Brochure (Anno regni Georgii III regis Magnæ Britanniae, Franciæ et Hiberniæ decimo quarto: au Parlement commencé et tenu à Westminster le dixième jour de mai, l'an de notre Seigneur 1768 et dans la huitième année du règne de notre Souverain Seigneur George Trois par la grace de Dieu, Roi de la Grande Bretagne, de France et d'Irlande, défenseur de la foi, &c. : et depuis ce tems continué par plusieurs prorogations jusqu'au treizième jour de janvier 1774, étant la septième session du treizième Parlement de la Grande Bretagne)

Site web du Répertoire du patrimoine culturel du Québec / Ministère de la Culture et des Communications du Québec

<https://www.patrimoine-culturel.gouv.qc.ca/rpcq/detail.do?methode=consulter&id=171605&type=bien>

Province de Québec (1774-1791)

Guides thématiques - Documents politiques et parlementaires du Québec

Province de Québec (1774-1791)

Site web de la Bibliothèque de l'Assemblée nationale du Québec

<https://www.bibliotheque.assnat.qc.ca/guides/fr/documents-politiques-et-parlementaires-du-quebec/120-province-de-quebec-1774-1791->

Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791 /

Site web Canadiana - Réseau canadien de documentation pour la recherche

https://www.canadiana.ca/view/oocihm.9_03422/3

Public Act, 14 George III, c. 83

Site web UK Parliament

https://archives.parliament.uk/collections/getrecord/GB61_HL_PO_PU_1_1774_14G3n226

https://iiiif.collectionsbase.org.uk/GB61/GB61_HL_PO_PU_1_1774_14G3n226/e5tD3#?c=0&m=0&s=0&cv=0&xywh=-1430%2C-102%2C3847%2C2021

Quebec Act
Site web UK Parliament

<https://digitalarchive.parliament.uk/book/view?bookName=Quebec%20Act&catRef=HL%2fPO%2fPU%2f1%2f1774%2f14G3n226&mfstId=34a62891-6d73-42df-a7cf-3eff0df5fd0c#page/n1/mode/2up>

Acte de Québec
Site web Université du Québec à Montréal – Chronologie de Montréal

<https://chronomontreal.uqam.ca/chronologie/1488-acte-de-quebec>

Cugnet, François-Joseph,, Anno regni Georgii III [...], Quebec, William Vondenvelden, 1797, 1 ressource en ligne (59 p.), Collections de BANQ.

<https://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/2563945?docref=ICCuEHU8VseKDmROYHpshA&docsearchtext=acte%20de%20qu%C3%A9bec%201774>

Acte de Québec. - 1774. - 30 pages.
Site web Archives de la Ville de Montréal

http://www2.ville.montreal.qc.ca/archives/democratie/democratie_fr/expo/montreal/regime-britannique/piece9/index.shtm



Province of Quebec in 1774, from a 1923 map. (public domain)
Site web Middle Tennessee University

<https://firstamendment.mtsu.edu/article/quebec-act-of-1774/>

Au sujet de l'auteur

Diplômé en droit et en histoire, M^e Christian Néron a écrit plus de 200 essais et articles portant sur le droit, l'histoire du droit constitutionnel et la philosophie du droit.

Communiquer avec l'auteur

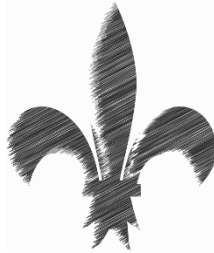
Adresse électronique de l'auteur

contact@manuscritdepot.com

*Page dédiée à ce livre sur le site web de la
Fondation littéraire Fleur de Lys*

<http://www.manuscritdepot.com/a.christian-neron-01.htm>

Fondation littéraire Fleur de Lys



Éditeur écologique

L'édition en ligne sur Internet contribue à la protection de la forêt parce qu'elle économise le papier.

Nos livres papier sont imprimés à la demande, c'est-à-dire un exemplaire à la fois suivant la demande expresse de chaque lecteur, contrairement à l'édition traditionnelle qui doit imprimer un grand nombre d'exemplaires et les pilonner lorsque le livre ne se vend pas. Avec l'impression à la demande, il n'y a aucun gaspillage de papier.

Nos exemplaires numériques sont offerts sous la forme de fichiers PDF. Ils ne requièrent donc aucun papier. Le lecteur peut lire son exemplaire à l'écran ou imprimer uniquement les pages de son choix.

<http://manuscritdepot.com/edition/ecologique.htm>

Achevé en

Février 2024

Édition et composition

Fondation littéraire Fleur de Lys inc.

Adresse électronique

contact@manuscritdepot.com

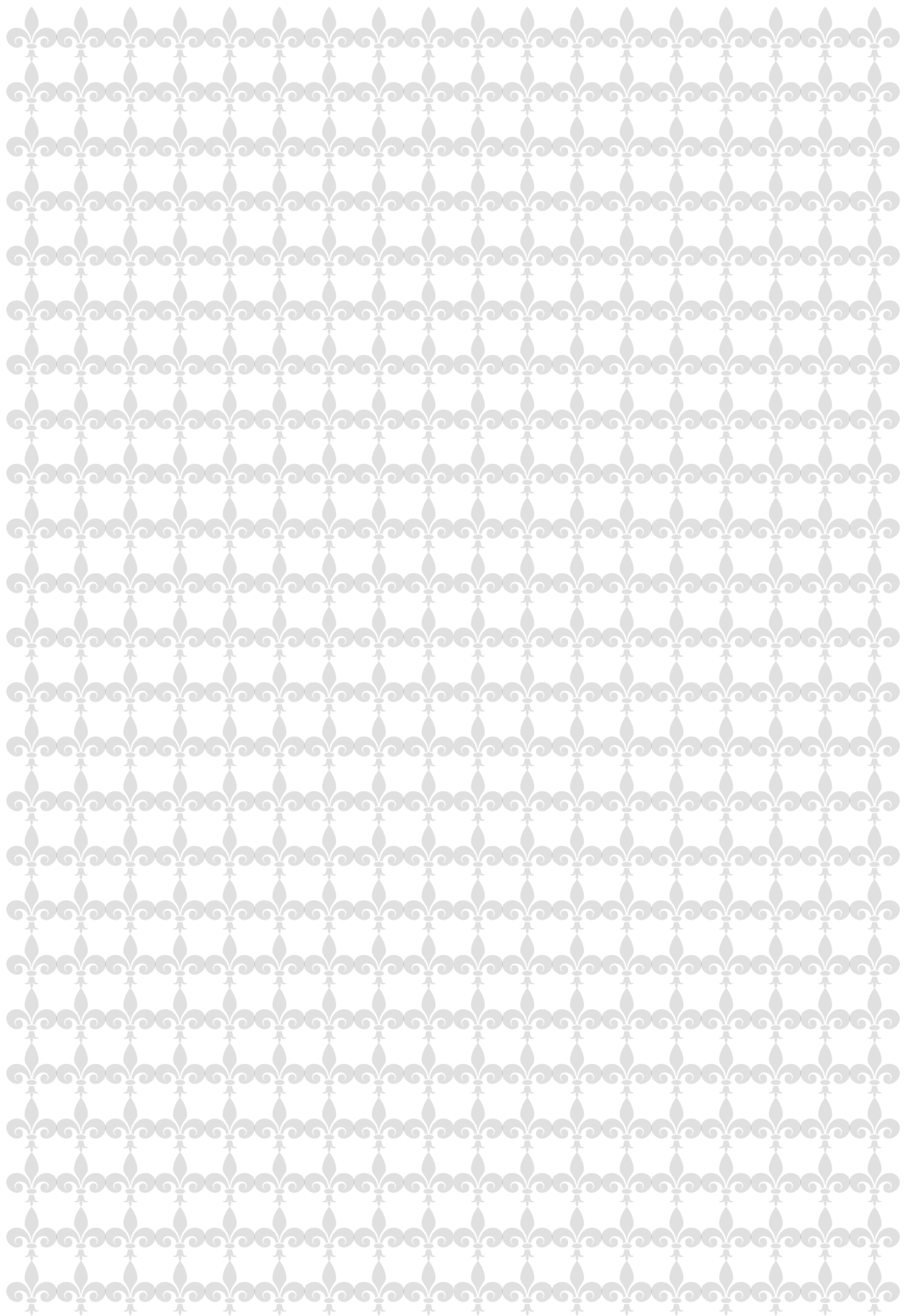
Sites Internet

<https://livrequebec.com/>

<https://manuscritdepot.com/>

*Imprimé à la demande en format numérique
au Québec à compter de*

Février 2024



L'ACTE DE QUÉBEC DE 1774

Pourquoi revenir sur cette ancienne loi ? Tout simplement parce que l'un de ses articles est toujours en vigueur sur le plan constitutionnel et qu'il constitue la garantie la plus sûre de la préservation de notre patrimoine juridique dans un environnement où la common law prédomine partout. C'est dans l'une des dispositions de cette loi, reproduite à l'article 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, que l'on retrouve la compétence du Québec en matière de *property and civil rights*.

Bien entendu, la loi anglaise de 1774 parle exclusivement en anglais, ainsi que la loi canadienne de 1867 qui a été votée en anglais par le Parlement de Westminster. Naturellement, au Québec, on a vite pris l'habitude de franciser l'expression en parlant de propriété et de droits civils, mais nous tombons inéluctablement dans le guet-apens des faux-amis, et ce, avec le sentiment de parler juste, alors que ce n'est pas du tout le cas.

Tous les mots juridiques ont un sens technique, précis et rigide. En conséquence, en donner une traduction exacte et unique est constamment un défi. Ce défi est d'autant périlleux pour nous ici, que notre conception de la loi, du droit et de la justice diffère sensiblement de celle des Anglais et des anglo-saxons marquée par d'innombrables emprunts au judaïsme. Ce sujet est important et mérite d'être approfondi. C'est ce que l'auteur, avocat et historien du droit, a entrepris de clarifier dans le présent ouvrage. À vous de juger s'il a réussi ou s'il a échoué.

Diplômé en droit et en histoire, M^e Christian Néron a écrit plus de 200 essais et articles portant sur le droit, l'histoire du droit constitutionnel et la philosophie du droit.



Fondation littéraire Fleur de Lys

Le premier éditeur libraire québécois francophone
sans but lucratif en ligne sur Internet

<http://manuscritdepot.com/> <https://livrequebec.com/>

Depuis 2003

ISBN 978-2-89612-644-6