

Les Cahiers de droit



EVELYN KOLISH, *Nationalismes et conflits de droits : le débat du droit privé au Québec, 1760-1840*, Montréal, Hurtubise HMH, 1994, 325 p., ISBN 2-89428-026-2.

Sylvio Normand

Volume 35, Number 4, 1994

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043308ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043308ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Normand, S. (1994). Review of [EVELYN KOLISH, *Nationalismes et conflits de droits : le débat du droit privé au Québec, 1760-1840*, Montréal, Hurtubise HMH, 1994, 325 p., ISBN 2-89428-026-2.] *Les Cahiers de droit*, 35(4), 961–964.
<https://doi.org/10.7202/043308ar>

Chronique bibliographique

EVELYN KOLISH, **Nationalismes et conflits de droits : le débat du droit privé au Québec, 1760-1840**, Montréal, Hurtubise HMH, 1994, 325 p., ISBN 2-89428-026-2.

L'ouvrage d'Evelyn Kolish, présenté d'abord comme thèse de doctorat à l'Université de Montréal, était attendu depuis longtemps. De fait, la plupart des chercheurs intéressés par la période et le sujet avaient lu la thèse et la citaient abondamment. Sa parution sous forme de monographie lui permettra de toucher un public plus large.

L'histoire du droit québécois, on n'en finit pas de le dire, souffre de sous-développement. La constatation devient encore plus évidente lorsqu'on prend en considération la production américaine et canadienne-anglaise de monographies consacrées à cette discipline. L'ouvrage de Kolish est peut-être annonciateur d'une amélioration de la situation¹.

La période à laquelle s'est intéressée Kolish demeure probablement la plus méconnue de l'histoire du droit québécois. Des travaux récents et méthodiques ont permis de mieux connaître le Régime français et la période postérieure à l'Union des provinces du Bas et du Haut-Canada. En revanche, la période intermédiaire a toujours suscité relativement peu d'intérêt. Pourtant, l'ouvrage de Hilda

Neatby, paru dès 1937², aurait dû, en toute logique, exercer un effet d'entraînement. Il y eut bien quelques articles importants, notamment ceux de Jacques L'Heureux³ et d'André Morel⁴, mais il faudra attendre la thèse de Kolish pour avoir une perspective sur l'ensemble de la période.

Les sources sur lesquelles s'appuie l'auteur comprennent d'importantes séries de documents. Au premier plan viennent le corpus législatif ainsi que des documents parlementaires, dont le *Journal de la Chambre d'Assemblée du Bas-Canada* et le *Journal du Conseil législatif du Bas-Canada*. Les journaux et les périodiques de l'époque étudiée ont aussi donné lieu à un dépouillement minutieux. En outre, l'auteur a eu recours à des sources plus disparates, dont des ouvrages ou des brochures à caractère juridique ou politique et des documents manuscrits, notamment des archives privées. Kolish a aussi utilisé les registres des cours de justice. Toutefois, elle souligne que, dans ce cas, la source s'est révélée plutôt décevante. Elle précise d'ailleurs qu'à l'avenir il faudra diriger les efforts vers l'étude des dossiers judiciaires.

Kolish adopte deux approches différentes qui ressortent dans le plan de l'ouvrage. D'abord, elle prend en considération, en

1. Soulignons qu'en peu de temps l'Osgoode Society de Toronto a fait paraître deux ouvrages portant sur l'histoire du droit québécois : F. MURRAY GREENWOOD, *Legacies of Fear : Law and Politics in Quebec in the Era of the French Revolution*, Toronto, The Osgoode Society, 1993, et B. YOUNG, *The Politics of Codification : The Lower Canadian Civil Code of 1866*, Toronto, The Osgoode Society, 1994.

2. H.M. NEATBY, *The Administration of Justice under the Quebec Act*, Minneapolis, The University of Minnesota Press, 1937.

3. JACQUES L'HEUREUX, « L'organisation judiciaire au Québec de 1764 à 1774 », (1970) 1 *R.G.D.* 266.

4. André MOREL, « La réaction des Canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774. Une forme de résistance passive », (1960) 20 *R. du B.* 53.

adoptant une perspective diachronique, les réactions suscitées par les changements souhaités ou effectivement réalisés, durant la période, dans le corpus juridique bas-canadien. Ensuite, elle examine un certain nombre de thèmes particulièrement litigieux qui engendrèrent des réactions d'appui ou d'hostilité de la part des personnes visées.

L'introduction du droit anglais à la suite de la Conquête, peu importe les interprétations qui en furent données subséquemment⁵, visait bel et bien à imposer le droit métropolitain à l'intérieur de la colonie et à faciliter l'assimilation des nouveaux sujets. Des raisons tant politiques que juridiques forcèrent les autorités à atténuer l'ampleur des changements en optant pour un système juridique mixte.

L'auteure montre que, à la suite de l'*Acte de Québec* (1774-1791), le système d'administration de la justice se trouva dans un état de confusion tel qu'il faut parler de véritable « chaos judiciaire » pour le décrire avec justesse. Les raisons en sont multiples. Le manque de formation juridique de certains juges ou leur connaissance insuffisante des deux systèmes juridiques contribuèrent à entretenir l'incertitude du droit. Prenant appui sur la situation américaine, Kolish propose que le contexte colonial peut permettre d'expliquer cet état d'instabilité du droit. Elle ajoute toutefois qu'une justice peu institutionnalisée, qui aurait pu être acceptable dans une société coloniale homogène, devenait un motif important de conflit dans une société où les élites canadiennes et britanniques rivalisaient pour détenir le contrôle du pouvoir législatif et judiciaire.

L'introduction du parlementarisme, en 1791, permit une certaine transformation du droit privé. Quelques lois portant sur l'administration de la justice ou le droit civil vinrent, en effet, modifier ou clarifier le droit en vigueur. Toutefois, ainsi que le montre Kolish, les choses se gâtèrent rapidement entre les députés des deux groupes ethniques. Les Canadiens, en effet, s'opposèrent, avec dé-

termination, aux projets de loi pouvant porter atteinte au droit privé que parrainerent les membres du Parti britannique. Loin de s'atténuer, la résistance au changement ne fit que s'amplifier au fur et à mesure que l'on avança dans la période. La codification du droit privé en vint à être perçue comme un moyen de sauver le droit civil des ingérences du droit anglais.

L'insatisfaction à l'égard du droit ne se limita pas seulement aux institutions. La magistrature ne manqua pas, elle non plus, de s'attirer de vives critiques. Au départ, on déplora la méconnaissance que les juges avaient du droit. Par la suite, les tribunaux venant à être présidés par des juristes d'expérience, les Canadiens dénoncèrent la surreprésentation des Britanniques dans la magistrature, l'engagement politique des juges et leur tendance à faire prévaloir la *common law* sur le droit civil. Il n'est d'ailleurs guère étonnant que l'appareil judiciaire ait été vu comme responsable en partie de l'anglicisation du droit canadien et, par là, de l'assimilation des nouveaux sujets. Le but ultime recherché était de parvenir à instaurer dans la nouvelle colonie une société qui adopte le modèle britannique.

Kolish décrit l'état d'incertitude du droit durant la période et met en évidence des raisons pour expliquer cette situation. Les efforts déployés par les protagonistes, non pas tant pour clarifier le droit que pour imposer leur propre système juridique, accentuèrent l'incohérence du droit. L'absence de rapports judiciaires, pour sa part, favorisa l'instabilité du corpus jurisprudentiel. Sans compter les règles de pratique, rédigées par les juges Sewell et Monk, qui, outre qu'elles contribuèrent à la confusion des pouvoirs législatif et judiciaire, donnèrent préséance à la procédure anglaise. Sans contredire une telle affirmation, soutenue tant par des contemporains que par des historiens, Kolish propose que ces règles permirent tout de même une clarification de l'administration de la justice.

À propos de la culture juridique des juristes d'origine britannique, une précision

5. *Wilcox c. Wilcox*, (1858) 2 L.C.J. 1.

m'apparaît importante à ajouter. Si la plupart de ces juristes démontraient peu de familiarité avec le droit coutumier français, il faut prendre garde de conclure que la culture civiliste leur était étrangère. En fait, plusieurs avaient pu acquérir une connaissance approfondie du droit civil par l'intermédiaire du droit romain.

Dans la seconde partie de son ouvrage, Kolish s'est intéressée à quatre secteurs qui, durant la période étudiée, suscitèrent une attention soutenue des parlementaires et des juristes : le droit commercial, le droit régissant les affaires de famille, le régime de tenure des terres et le régime d'enregistrement des droits réels. Chacun de ces secteurs donne lieu à une étude approfondie. L'auteure présente les arguments que firent valoir les parties en présence pour soutenir ou combattre des changements proposés au droit colonial.

Tout au long de son étude, Kolish insiste sur l'importance du conflit qui opposa les deux groupes ethniques dans le choix des modèles juridiques appropriés pour la colonie. Ainsi, particulièrement durant la période qui va de 1820 à 1837, lorsque des pressions furent exercées pour doter la colonie d'une procédure de faillite ou d'un régime d'enregistrement des droits réels, les Canadiens ne voyaient de solution que dans la fidélité au système civiliste de tradition française, alors que les Britanniques n'estimaient valables que le droit de leur métropole. Des considérations nationales l'emportaient sur une prise en considération rationnelle des systèmes juridiques.

Il ne faudrait cependant pas croire que l'opposition manifestée au regard d'une question juridique donnée reposa uniquement sur des divergences fondées sur l'éthnie ; des intérêts de classe jouèrent également. Kolish souligne, avec à-propos, que bien des acteurs adoptèrent des positions divergentes en raison d'intérêts économiques particuliers ou du fait de leur appartenance à un groupe social donné. Ainsi, le fait d'être seigneur ou marchand explique bien des prises de position sur la question du régime de

tenure. Par ailleurs, l'auteure montre que l'opposition ethnique perdit de la vigueur au fur et à mesure que la population britannique se diversifia.

L'ouvrage permet de revenir sur des conclusions proposées par certains historiens dont Hilda Neatby. On a ainsi soutenu fréquemment que les lois commerciales en vigueur dans la colonie, avant la Conquête, constituaient un frein au développement des affaires et que les pressions exercées par les marchands britanniques en faveur de l'introduction du droit commercial anglais se trouvaient donc justifiées par les efforts déployés pour faciliter le commerce. Kolish remet en cause cette interprétation de façon fort convaincante. Elle montre que le droit commercial anglais, au XVIII^e siècle, était loin d'être aussi libéral que certains l'ont soutenu, tandis que le droit français affichait plus de souplesse qu'on ne lui en a reconnue par la suite. De fait, les critiques à l'égard du droit commercial se trouvaient fondées davantage sur des considérations culturelles que sur une étude comparative des deux régimes juridiques.

Au moment de la Conquête, le changement de métropole provoqua une véritable rupture par rapport à la situation juridique qui existait auparavant. C'est à cette période que remonte l'état de mixité du droit québécois qui demeure l'un des traits caractéristiques de la culture juridique québécoise. L'ouvrage de Kolish permet de comprendre les racines de cette mixité et les conflits qu'elle engendra. Il permet aussi de retracer les origines lointaines de certains arguments ou thèmes récurrents dans la pensée juridique.

Toute personne intéressée par l'histoire du droit québécois se doit de lire l'ouvrage de Kolish. Cette dernière a réussi une analyse approfondie d'une période obscure dont la connaissance demeure indispensable à qui-conque se préoccupe de l'évolution postérieure du droit.

Le texte est d'une lecture agréable. On déplore toutefois, ici et là, des erreurs typo-

graphiques, telle parfois l'absence d'apostrophes, qui agacent le lecteur.

Sylvio NORMAND
Université Laval

SONIA LEBRIS (dir.), *À la frontière de l'éthique et du droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, 182 p., ISBN 2-89073-873-6. (Prix Charles-Coderre.)

L'ouvrage sous la direction de Sonia LeBris regroupe les contributions des lauréates du prix Charles-Coderre pour l'avancement du droit social pour 1992. Avant d'aborder les trois contributions en question, jetons un coup d'œil sur le sujet même du concours de cette année-là. C'est en fait en référence à l'émergence de problèmes sociaux nouveaux que le concours se définit en invitant les participants d'abord à définir et à distinguer entre la morale, l'éthique, la déontologie et le droit, ensuite à réfléchir sur la convergence entre la règle d'éthique et la règle de droit et, enfin, à l'aide d'exemples, à illustrer la frontière entre l'éthique et le droit. Le dernier point était d'ailleurs précisé quant au sida, à l'allocation de ressources rares, à l'acharnement thérapeutique et à l'alimentation artificielle, et cela explique sûrement pourquoi toutes les lauréates ont choisi exclusivement le domaine de la bioéthique comme cadre idéologique pour leur travail. Par ailleurs, cela permet aussi de comprendre la grande homogénéité entre les contributions, nous y reviendrons, et aussi une certaine étroitesse de réflexion.

La première contribution, de Marie-Josée Alepin et Claudine Bienvenu, est intitulée : « À la frontière de l'éthique et du droit : mythe et réalité » (pp. 1-66). Les principes éthiques d'autonomie de la volonté et de l'invulnérabilité de la personne forment la première partie de leur exposé. Il s'agit en fait des deux principes exemplaires dans ce domaine, et les auteures démontrent la dichotomie entre une conception mettant l'accent sur la volonté et une autre sur la personne. La deuxième partie est consacrée à l'application de ces principes : d'abord en ce qui concerne le suicide et l'aide d'une tierce

personne en vue de mourir, ensuite à propos de l'allocation des ressources dans le domaine médical.

La deuxième contribution, celle de Carmen Lavallée, s'intitule : « À la frontière de l'éthique et du droit » (pp. 67-125). Elle prend son point de départ dans l'éthique ou, comme l'auteure préfère le dire, la morale, en tant que partie intégrante de l'évolution et de la formation de droit. L'auteure annonce la thèse selon laquelle l'éthique s'affirme de plus en plus comme le fondement du droit contemporain. La deuxième partie a trait aux relations entre l'éthique et le droit : le développement des sciences biomédicales comme point de rencontre entre l'éthique et le droit ; l'investigation des apports de l'éthique et du droit à la recherche de nouvelles solutions. Nous devons avouer que nous considérons l'essai de Mme Lavallée comme le meilleur des trois.

La troisième contribution vient de Louise Bélanger, Isabelle Guiral et Lyne Morin. Elle a pour titre : « L'éthique et le droit : du rôle traditionnel aux interrogations nouvelles » (pp. 127-182). Après une introduction consacrée à la clarification terminologique, les auteures se livrent dans la première partie au repérage des principes éthiques dans le domaine biomédical et des réponses juridiques. La deuxième partie présente un aperçu sur les comités d'éthique et sur l'encadrement moral, juridique et éthique possible.

Il existe en fait une grande homogénéité entre les trois essais. Cela est dû, nous semble-t-il, à une référence constante à l'état de la recherche en bioéthique québécoise. Ce sont généralement les mêmes auteurs et les mêmes rapports qui sont cités, et les réflexions des auteures sont menées selon un moule unique. Il s'agit ainsi plus d'un état de la recherche en bioéthique québécoise que d'autre chose. Une constatation qui pose d'ailleurs un problème à quiconque fait un compte rendu de ce genre d'ouvrage. Cependant, notre critique ne s'adresse-t-elle pas davantage à cet état de la recherche qu'à l'utilisation que les auteures-étudiantes en ont faite ? Nous croyons que oui. Quoi qu'il en soit, quelques remarques s'imposent.