

La controverse sur la nature du droit applicable après la conquête

Arnaud Decroix

Volume 56, numéro 3, avril 2011

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1005131ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1005131ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

McGill Law Journal / Revue de droit de McGill

ISSN

0024-9041 (imprimé)

1920-6356 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Decroix, A. (2011). La controverse sur la nature du droit applicable après la conquête. *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, 56(3), 489–542. <https://doi.org/10.7202/1005131ar>

Résumé de l'article

Le 8 septembre 1760, la capitulation de Montréal marque la fin de la souveraineté française au Canada. Durant la période militaire, le droit d'origine française a toutefois continué de s'appliquer. La Proclamation royale du 7 octobre 1763 se contente de déclarer que les habitants de la nouvelle province de Québec pourront désormais bénéficier des « bienfaits des lois » du royaume d'Angleterre tout en précisant que les tribunaux jugeront « suivant la loi et l'équité, conformément autant que possible aux lois anglaises ». Bien que l'ordonnance du 17 septembre 1764 établisse la Cour du Banc du Roi et la Cour des plaidoyers communs, le droit applicable par ces juridictions reste confus. De nombreux auteurs ont longtemps considéré que l'ordonnance de 1764 avait introduit « en bloc, et sans même en faire la promulgation, tout le droit civil et criminel de l'Angleterre ». Dans le même temps, d'autres ont soutenu l'opinion inverse, selon laquelle les principales règles du droit civil français auraient été maintenues en pratique. Cet article cherche précisément à répondre à ces interrogations. Si le droit français continue de s'appliquer, même aux sujets d'origine britannique, cette application est définitivement généralisée après l'entrée en vigueur de l'*Acte de Québec*, le 1^{er} mai 1775, et bien que certaines dispositions du droit anglais soient parfois réclamées. En définitive, il ressort clairement que la nature du droit invoqué par les parties dépend étroitement de la cause à défendre et des moyens les plus utiles à celle-ci.

LA CONTROVERSE SUR LA NATURE DU DROIT APPLICABLE APRÈS LA CONQUÊTE

*Arnaud Decroix**

Le 8 septembre 1760, la capitulation de Montréal marque la fin de la souveraineté française au Canada. Durant la période militaire, le droit d'origine française a toutefois continué de s'appliquer. La Proclamation royale du 7 octobre 1763 se contente de déclarer que les habitants de la nouvelle province de Québec pourront désormais bénéficier des « bienfaits des lois » du royaume d'Angleterre tout en précisant que les tribunaux jugeront « suivant la loi et l'équité, conformément autant que possible aux lois anglaises ». Bien que l'ordonnance du 17 septembre 1764 établisse la Cour du Banc du Roi et la Cour des plaidoyers communs, le droit applicable par ces juridictions reste confus. De nombreux auteurs ont longtemps considéré que l'ordonnance de 1764 avait introduit « en bloc, et sans même en faire la promulgation, tout le droit civil et criminel de l'Angleterre ». Dans le même temps, d'autres ont soutenu l'opinion inverse, selon laquelle les principales règles du droit civil français auraient été maintenues en pratique. Cet article cherche précisément à répondre à ces interrogations. Si le droit français continue de s'appliquer, même aux sujets d'origine britannique, cette application est définitivement généralisée après l'entrée en vigueur de l'*Acte de Québec*, le 1^{er} mai 1775, et bien que certaines dispositions du droit anglais soient parfois réclamées. En définitive, il ressort clairement que la nature du droit invoqué par les parties dépend étroitement de la cause à défendre et des moyens les plus utiles à celle-ci.

The capitulation of Montreal on 8 September 1760 marks the end of French sovereignty in Canada. During the military period, the law originating from France was nonetheless still applied. The Royal Proclamation of 7 October 1763 merely declared that the inhabitants of the new Province of Quebec would henceforth enjoy the “Blessings of the British Laws”, while at the same time specifying that courts will adjudicate criminal and civil matters “according to law and equity, and, as near as may be, agreeable to the Laws of England.” Although the Ordinance of 17 September 1764 established the Court of King’s Bench and the Court of Common Pleas, the applicable law of these jurisdictions remained unclear. Many authors have long held that the 1764 ordinance introduced all of England’s civil and criminal law at once, without promulgating it. Others have supported the opposite view, that in practice the main rules of French civil law were maintained. This article aims to address these queries. If French law continued to apply, even to subjects of British origin, this application was definitively generalized after the *Quebec Act* on 1 May 1775 came into force, despite the fact that it was sometimes requested that English law apply. In the end, it becomes clear that the nature of the law invoked by the parties strictly depends on the cause to be defended and the best ways by which to do this.

* Faculté de droit, Université de Montréal. L’auteur remercie vivement Michel Morin, sous la supervision duquel il a effectué la recherche post-doctorale à l’origine de cet article, Jean-Louis Mestre, Jean Leclair, David Gilles et les évaluateurs anonymes de la revue pour leurs précieux conseils et leurs suggestions. Cet écrit a été rédigé dans le cadre d’une recherche qui doit prochainement donner lieu à l’ouvrage : Arnaud Decroix, David Gilles et Michel Morin, *Les tribunaux et l’arbitrage en Nouvelle-France et au Québec de 1740 à 1784*, Montréal, Thémis, 2011.

Introduction	491
I. L'administration de la justice de 1764 à 1777	493
<i>A. L'évolution de l'organisation judiciaire</i>	493
1. Les différentes cours	493
2. La controverse concernant l'introduction du droit anglais	501
<i>B. Le droit applicable devant la Cour des plaidoyers communs</i>	505
1. Les conséquences juridiques de la Conquête	505
2. Les décisions de la Cour des plaidoyers communs	510
3. La nature du droit invoqué par les avocats	514
4. Le droit applicable aux parties d'origine anglaise	517
II. L'entrée en vigueur de l'Acte de Québec (1^{er} mai 1775)	520
<i>A. Le principe de l'application du droit français</i>	522
1. L'application du droit français aux causes postérieures à l'entrée en vigueur de l'Acte de Québec	522
2. L'application du droit français dans les causes nées antérieurement à l'entrée en vigueur de l'Acte de Québec	525
<i>B. La persistance partielle de l'invocation du droit anglais</i>	527
1. La question de la validité des témoignages	527
2. D'autres cas d'invocation du droit d'origine anglaise après l'entrée en vigueur de l'Acte de Québec	531
Épilogue : L'invocation d'un droit adapté aux intérêts des parties	534

« L'incertitude qui règne au sujet des lois et les doutes que l'on entretient au sujet de la légalité du maintien des anciennes lois et coutumes en usage au temps du gouvernement français, constituent le premier et l'un des principaux embarras »¹.

Introduction

Le 8 septembre 1760, la capitulation de Montréal, un an après celle de Québec, marque la fin de la souveraineté française au Canada. Parmi les conditions négociées, le marquis de Vaudreuil demande que « les François et les Canadiens » puissent continuer à « estre gouvernés suivant la Coutume de Paris et les loix et usages établis par ce pays »². Le général Amherst lui répond laconiquement qu'ils « deviennent Sujets du Roy »³. Le changement de souveraineté est consacré, le 10 février 1763, par la signature du traité de Paris qui, en son article 4, stipule la cession du Canada à l'Angleterre. Durant la période militaire qui suit la Conquête, le droit applicable au Canada reste très difficile à définir en raison du peu de renseignements fournis par les archives⁴ et du fait que les juges militaires

¹ François Masères, *Brouillon d'un rapport préparé par l'honorable gouverneur en chef et le Conseil de la province de Québec, pour être présenté à Sa Très-Excellente Majesté le roi en son Conseil, au sujet des lois et de l'administration de la justice de cette province*, 27 février 1769, reproduit dans Adam Shortt et Arthur G Doughty, dir, *Archives Publiques du Canada, Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, 2^e éd, Ottawa, Imprimeur de sa très excellente majesté le Roi, 1921, 304 à la p 330 [Masères, *Brouillon*]. Francis Masères était alors procureur général de la province de Québec.

² *Articles de la Capitulation, Montréal*, France et Royaume-Uni, 8 septembre 1760, art 42, reproduit dans Shortt et Doughty, *ibid*, 5 à la p 18 [*Capitulation*].

³ *Ibid* à la p 18, art 41. Plus exactement, la réponse d'Amherst est : « Répondu par les Articles précédents, et particulièrement par le dernier ». C'est donc vis-à-vis l'article 41, par lequel les Français demandent d'être exemptés de l'obligation de prendre les armes contre leurs compatriotes, qu'Amherst inscrit : « Ils deviennent Sujets du Roy ». Les autres articles incluent un engagement à respecter tous les droits de propriété des particuliers, seigneuriaux ou autres (art 37) ainsi que ceux des propriétaires d'esclaves (art 47). Toutefois, les droits de la couronne de France sont transmis à celle de Grande-Bretagne (art 26) et ceux des communautés de prêtres sont suspendus (art 33) sauf pour leurs droits de propriété (art 34). Avant cette capitulation, dans la région de Québec, le brigadier-général Murray avait promis le respect des coutumes françaises. Techniquement, cet engagement est annulé par l'article 50. Voir Michel Morin, « Les changements de régimes juridiques consécutifs à la Conquête de 1760 » (1997) 57 : 3 R du B 689 aux pp 689-90 [Morin, « Changements »].

⁴ Les registres, de la période militaire à Montréal (1760-1764) conservés à la *Bibliothèque et Archives nationales du Québec* regroupent ceux de la Chambre des milices de Montréal (compétente aussi au criminel) (TL12), ceux des Conseils militaires, en appel, dont Varennes (TL11), Montréal (TL279) et Saint-Sulpice (TL281) et, enfin, la Collection de jugements en appel rendus par Thomas Gage (TL10). Il conviendrait d'y

ignorent les subtilités juridiques, tant anglaises que françaises. Toutefois, la plupart des auteurs s'accordent à considérer que le droit d'origine française a continué de s'appliquer durant cette période militaire (1759-1764) sauf en matière pénale⁵. Il est vrai qu'un certain esprit de conciliation est clairement perceptible et que la volonté d'appliquer les lois et coutumes du pays pour régler les différends entre les habitants est manifeste. Toutefois, lorsque l'affaire oppose deux individus d'origine britannique, le droit anglais trouve naturellement application. Par exemple, un propriétaire s'est réservé la faculté de venir habiter sa maison, mise en location par un bail conclu pour un an, sous réserve d'un préavis de trois mois. Le locataire demande alors à pouvoir bénéficier d'un préavis similaire dans le cas où il souhaiterait quitter les lieux. Le propriétaire invoque alors la *common law* et soutient que le bail « est fait pour une année, que telles sont les lois suivies en Angleterre »⁶. La Cour militaire lui donne raison. La Proclamation royale du 7 octobre 1763 déclare que les habitants de la nouvelle province de Québec pourront bénéficier des « bienfaits des lois » du royaume d'Angleterre et que les tribunaux jugeront « suivant la loi et l'équité, conformément autant que possible aux lois anglaises »⁷. Elle accorde également aux gouverneurs le pouvoir de créer et d'établir des tribunaux afin d'« entendre et juger toutes les causes aussi bien criminelles que civiles »⁸. L'entrée en vigueur de cette *Proclamation royale*, le 10 août 1764, marquerait donc la fin de l'application du droit français tandis que la vie juridique de la colonie ne se réorganise véritablement qu'à compter de la mise en place du

ajouter les registres de la période militaire à Québec (1760-1764), notamment ceux du Conseil militaire de Québec (TL9). Pour un exemple d'application du droit durant cette période, voir Arnaud Decroix, « Le conflit juridique entre les Jésuites et les Iroquois au sujet de la seigneurie du Sault Saint-Louis : analyse de la décision de Thomas Gage (1762) » (2007) 41 : 1 RJT 279.

⁵ Sur ce point, voir William Renwick Riddell, « The First British Courts in Canada » (1924) 33 : 6 Yale LJ 571 ; Alfred Leroy Burt, *The Old Province of Quebec*, Toronto, Ryerson Press, 1933, ch 3 aux pp 35-36 ; Pierre-Georges Roy, *Les juges de la province de Québec*, Québec, Rédempti Paradis, 1933 à la p x. *Contra* Douglas Hay, « Civilians Tried in Military Courts: Quebec, 1759-64 » dans F Murray Greenwood et Barry Wright, dir, *Canadian State Trials: Law, Politics, and Security Measures, 1608-1837*, vol 1, Toronto, University of Toronto Press, 1996, 114.

⁶ *Wilson c Robinson* (20 février 1762), *Registre d'audience du Conseil des officiers de Montréal, Appel des sentences rendues par les chambres des milices de Pointe-Claire, Longueuil, Pointe-aux-Trembles et Lavaltrie, 1761-1764*, Centre d'archives de Montréal de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL279, 1871-00-000/11708). Sur cette application de la *Loi Aede*, voir texte correspondant à la note 157.

⁷ George R, *Proclamation*, 7 octobre 1763, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 136 à la p 138.

⁸ *Ibid.*

gouvernement civil⁹. À partir de cette date, un régime hybride est instauré en droit privé, suscitant nombre de critiques et de tergiversations (A). En 1774, l'adoption de l'*Acte de Québec* rétablit officiellement le droit privé de la Nouvelle-France. Toutefois, l'organisation du système judiciaire et les règles de procédure conservent de nombreuses caractéristiques anglaises, nécessitant une nouvelle période d'adaptation et provoquant de multiples controverses (B).

I. L'administration de la justice de 1764 à 1777

L'étude des institutions judiciaires établies à la suite de l'ordonnance du 17 septembre 1764 établissant des Cours civiles (1) nous permet de mieux comprendre la nature du droit applicable durant cette période (2).

A. L'évolution de l'organisation judiciaire

L'ordonnance de 1764, qui crée plusieurs institutions dans la province (a), ne dissipe pas certaines incertitudes relatives à la place désormais acquise par le droit anglais (b)

1. Les différentes cours

L'ordonnance du 17 septembre 1764, établissant des Cours civiles, institue deux institutions principales. Elle crée d'abord « une cour supérieure de judicature ou cour du Banc du Roi »¹⁰. Celle-ci est présidée par le juge en chef de la province, tenu de « juger toutes les causes civiles et criminelles suivant les lois d'Angleterre et conformément aux ordonnances de cette province »¹¹. Est également créée une « cour de judicature inférieure, ou cour des plaids communs »¹², qui est aussi dénommée Cour des plaidoyers communs en français. Elle est chargée de juger tous les litiges dont la valeur dépasse un montant de dix louis (c'est-à-dire dix livres). Une observation du gouverneur Murray apporte d'utiles précisions quant à la portée de cet établissement. En effet, il affirme que la Cour des plaids (ou plaidoyers)

⁹ Les délais entre la ratification du traité de Paris, en février 1763, l'établissement formel d'un gouvernement civil au Canada, en avril 1764, et l'entrée en vigueur de la *Proclamation royale de 1763* s'expliquent en raison du *Traité de Paris*, 10 février 1763, art 4, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 83. En effet, ce dernier prévoit d'accorder un laps de temps de dix-huit mois aux Canadiens français qui désirent quitter le pays. Voir Jacques L'Heureux, « L'organisation judiciaire au Québec de 1764 à 1774 » (1970) 1 : 2 RGD 266.

¹⁰ JA Murray, *Ordonnance établissant des cours civiles*, 17 septembre 1764, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 180 [*Cours civiles*].

¹¹ *Ibid* à la p 181.

¹² *Ibid*.

communs est destinée à répondre aux demandes des Canadiens, ces anciens sujets du Roi de France, devenus depuis la Conquête les nouveaux sujets de Sa Majesté britannique¹³. Il semble insinuer que le droit d'origine française y sera applicable puisqu'il précise que cette juridiction a été établie dans l'attente que ces derniers se familiarisent suffisamment « avec nos lois et nos méthodes concernant l'administration de la justice dans nos cours »¹⁴. L'ordonnance de 1764 mentionne d'ailleurs que les juges de la Cour des plaidoyers communs doivent

décider suivant l'équité en tenant compte cependant des lois d'Angleterre en autant que les circonstances et l'état actuel des choses le permettront, jusqu'à ce que les [sic] gouverneur et le Conseil puissent rendre des ordonnances conformes aux lois d'Angleterre, pour renseigner la population¹⁵.

Par conséquent, si l'application du droit anglais par ces tribunaux reste l'objectif à atteindre¹⁶, la prise en considération de l'équité par les juges paraît laisser place à l'application de normes d'origine française. L'ordonnance encadre cette possibilité en précisant que « [l]es lois et les coutumes françaises seront autorisées et admises dans toutes les causes soumises à cette cour, entre les natifs de cette province, si la cause de l'action a été mue avant le premier jour d'octobre mil sept cent soixante-quatre »¹⁷.

Des règles particulières pour l'audition des affaires de moindre importance sont également prévues. Ainsi, les juges de paix peuvent entendre, seuls, les causes dont l'enjeu est de moins de cinq livres et, avec un collègue, celles où il n'excède pas dix livres. La cour des sessions

¹³ C'est l'interprétation qu'en firent un certain nombre d'habitants qui constatèrent avec plaisir que, « dans la [d]écision de nos affaires de famille et autres, il seroit établi une [j]ustice inférieure, où toutes les [a]ffaires de François à François y seroient décidées ». Voir Québec, *Pétition des habitants français au Roi au sujet de l'administration de la justice*, 7 janvier 1763, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 195 à la p 196 [*Pétition Justice*].

¹⁴ *Cours civiles*, *supra* note 10 à la p 181, n 4.

¹⁵ *Ibid* à la p 182.

¹⁶ Une ordonnance du 6 novembre 1764 précise que l'application du droit anglais, en matière de tenure de terres et de droits successoraux, est repoussée à l'année suivante, dans JA Murray, *Ordonnance du 6 novembre 1764*, 6 novembre 1764, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 199 [*Ordonnance du 6 novembre*].

¹⁷ *Cours civiles*, *supra* note 10 à la p 182. Guy Carleton et William Hey assureront ensuite qu'en vertu de cette clause leur permettant de décider selon l'équité, les juges de la Cour des plaidoyers communs « admettent les lois du Canada dans les procès entre Canadiens, même si la cause de l'action a été mue depuis septembre 1764 ». Voir Guy Carleton et William Hey, *Rapport sur les lois et les cours de judicature de province de Québec*, 15 septembre 1769, reproduit dans Archives Publiques du Canada, WPM Kennedy et Gustave Lanctot, dir, *Rapports sur les lois de Québec, 1767-1770*, Ottawa, Imprimeur de sa très excellente majesté le Roi, 1931, 53 à la p 67 [*Rapport Judicature*].

trimestrielles de la paix, où ils siègent à trois, est compétente pour les litiges d'une valeur d'au moins dix livres, si celle-ci n'excède pas trente livres. Le fonctionnement de cette institution a initialement été discrédité par le comportement de quelques individus. À Montréal, sur les dix candidats choisis en 1764, sept sont remplacés dès 1765¹⁸. Cette cour est finalement abolie en 1770, même si elle fonctionnait sans doute correctement à cette époque, mais ses compétences en matière pénale sont toutefois maintenues. Après cette date, dans le district de Montréal, elles sont généralement exercées par trois protestants d'origine française arrivés peu avant ou peu après la Conquête, car leurs collègues anglophones se désintéressent de cette tâche¹⁹. Par ailleurs, l'ordonnance de 1764 précise que

[s]il arrive quelque dispute au sujet de bris ou de réparation de clôtures, sur la plainte qu'il en recevra, le bailli sommera de comparaître, le défendeur qui devra choisir trois personnes désintéressées ; le plaignant en choisira trois autres et ces six arbitres présidés par le bailli régleront la dispute [...] et la personne trouvée en faute devra payer une somme n'excédant pas un schilling à celle qui aura eu gain de cause²⁰.

La Cour des plaidoyers communs²¹ siège initialement deux fois par an

¹⁸ Une lettre publiée dans la Gazette de Québec et datée du 15 octobre 1765 critique cette décision : voir *Archives du Séminaire de Québec, Fonds George-Barthélémy Faribault* (P29), pièce n° 267.

¹⁹ Voir Geo Allsopp, *Ordonnance pour rendre plus efficace l'administration de la justice et réglementer les cours civiles de cette province*, 1 février 1770, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 382 [*Ordonnance Administration*] ; Donald Fyson, *Magistrates, Police, and People: Everyday Criminal Justice in Quebec and Lower Canada, 1764-1837*, Toronto, University of Toronto Press, 2006, aux pp 59, 117 [Fyson, *Magistrates*].

²⁰ *Cours civiles*, *supra* note 10 à la p 184. Les baillis, élus dans chaque paroisse, doivent veiller à l'entretien des chemins et des ponts, exécuter les mandats d'arrestation et, si le coroner ne peut se rendre sur les lieux, examiner avec cinq notables les cadavres portant des marques de violence, puis faire rapport à ce sujet. Sur ce point, voir Donald Fyson, « The Canadians and British Institutions of Local Governance in Quebec from the Conquest to the Rebellions » dans Nancy Christie, dir, *Transatlantic Subjects: Ideas, Institutions and Identities in Post-Revolutionary British North America*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2008, 45.

²¹ Pour une description plus complète de cette juridiction, voir Donald Fyson, avec la collaboration de Evelyn Kolish et Virginia Schweitzer, *The Court Structure of Quebec and Lower Canada, 1764 to 1860*, Montréal, Montreal History Group, 1994 ; Luc Huppé, *Histoire des institutions judiciaires du Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007 aux pp 133-46 ; Evelyn Kolish, « L'histoire du droit et les archives judiciaires » (1993) 34 : 1 C de D 289. Voir aussi Evelyn Kolish, *Guide des archives judiciaires* (décembre 2000), en ligne : Archives nationales du Québec <http://www.banq.qc.ca/documents/ressources_en_ligne/instr_rech_archivistique/garchjud.pdf>. Sur les registres des Cours des plaidoyers communs, voir Seaman Morley Scott, *Chapters in the History of the Law of Quebec, 1764-1775*, Ann Arbor, University of Michigan, 1933 aux pp 352-59.

à Québec, lors de sessions qui débutent le 21 janvier et le 21 juin. En pratique, elle siège également deux fois par année dans le district de Montréal²². Une ordonnance de 1770 autorise ce tribunal à tenir des sessions hebdomadaires²³ tandis qu'un quatrième juge est adjoint à cette juridiction, qui désormais siège à Québec et à Montréal, deux des juges devant alors résider en permanence dans cette dernière ville. Par conséquent, l'ordonnance de 1770 crée désormais deux Cours des Plaidoyers communs distinctes, disposant chacun de leur « juridiction propre, indépendante ». Les affaires peuvent y être examinées par un²⁴ ou deux juges, selon le montant de la somme en litige²⁵. Les magistrats de la

²² En 1770, une ordonnance constate « la pratique actuelle de la cour des plaid communs de s'ajourner de Québec à Montréal ». Elle précise que cette cour « ne siègeait dans la ville de Montréal qu'à certains jours et à certaines époques après s'être ajournée à Québec ». Elle était alors considérée comme « une partie ou une branche de la cour des plaid-communs établie à Québec ». Voir *Ordonnance Administration*, *supra* note 19 à la p 385.

²³ Le vendredi est désormais réservé pour « entendre et [...] juger toutes les causes dans lesquelles la valeur réclamée par l'action n'excédera pas la somme de douze louis » (ou douze livres) : *ibid* à la p 388. Une ordonnance de 1777 précise aussi qu'au moins un jour par semaine doit être consacré à l'examen des causes dont la valeur excède dix livres sterling, tandis qu'un autre jour de la semaine doit être employé à décider dans les affaires dont le montant en litige est inférieur ou égal à dix livres. Voir Guy Carleton, *Ordonnance pour établir des cours de judicature dans la province de Québec*, 25 février 1777, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 668 [*Ordonnance Judicature*]. Sur le coût de la justice devant les cours des plaidoyers communs, voir Scott, *supra* note 21 aux pp 307-14, 444-49 ; Hilda M Neatby, *The Administration of Justice under the Quebec Act*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1937 aux pp 333-44 [Neatby, *Administration*].

²⁴ Lorsque la somme en litige n'excède pas la valeur de douze livres, l'affaire peut être jugée par un seul des juges. Voir *Ordonnance Administration*, *supra* note 19 aux pp 382-97.

²⁵ L'ordonnance de 1777 énonce, pour sa part, que la présence de deux juges est requise lorsque la valeur de la cause en litige excède dix livres sterling. Voir *Ordonnance Judicature*, *supra* note 23 à la p 669. C'est sur le fondement de cet article que Joseph Marquis soutient que la cour, qui s'est prononcée à Kamouraska le 22 février 1779, était incompétente car tenue par un seul juge, Pierre Panet, qui faisait alors la tournée de la côte du sud tandis que les deux autres juges, Adam Mabane et Thomas Dunn, accomplissaient la tournée de la côte nord. Cette requête rédigée à Québec, le 14 avril 1779, et présentée par Berthelot Dartigny, avocat du défendeur, a pourtant été écartée par la Cour des plaidoyers communs de Québec. En effet, celle-ci soutient qu'à Kamouraska, il s'agissait simplement non pas de juger la cause, mais seulement « d'entendre et examiner les témoins ». Par conséquent, les prétentions du défendeur sont regardées, par la juridiction de Québec, comme « frivoles, dilatoires et mal fondées ». Voir *Réponses que fait devant les honorables juges de la Cour des plaidoyers communs du district de Québec : Joseph Marquis défendeur à l'écrit en forme de requête de Pierre Pinet, demandeur, en date du 29 mars 1779*, Centre d'archives de Québec de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, S2, 1980-09-008/13, pièce 1864) et *Extrait des registres de la Cour des plaidoyers communs du district de Québec : Entre Pierre Pinet, capitaine de milice de la Rivière des caps, demandeur, et Joseph*

Cour des plaidoyers communs²⁶ n'ont pas de formation juridique²⁷ puisque, parmi les premiers juges nommés, John Fraser était militaire²⁸, Adam Mabane médecin²⁹, alors que François Mounier³⁰ et Jean Marteilhe, qui les rejoignent à cette fonction en 1770, sont deux marchands d'origine huguenote³¹. À cette époque, les membres de la cour sont tous bilingues et, en vertu des règles en vigueur, ne peuvent être catholiques.

Plusieurs degrés de juridictions sont prévus par l'ordonnance de 1764. Si l'enjeu du différend est d'une valeur d'au moins vingt louis sterling, il est possible de faire appel du jugement rendu par la Cour des plaidoyers communs à une « cour supérieure de judicature ou cour du

Marquis habitant dudit lieu, défendeur, 21 avril 1779, Centre d'archives de Québec de BanQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, S2, 1980-09-008/13, pièce 1864).

²⁶ Après 1775, les juges de la Cour des plaidoyers communs de Québec sont le marchand Adam Mabane, Thomas Dunn et l'avocat-notaire Pierre Panet (remplacé en 1778 par son frère Jean-Claude Panet), tandis que ceux de Montréal sont John Fraser, Hertel de Rouville et Edward Southouse. Peter Livius a été un temps juge à la Cour des plaidoyers communs de Montréal (1776-1777). Sur ce personnage, voir Neatby, *Administration*, *supra* note 23 aux pp 66-86. W Owen et GE Taschereau ont également été, pendant une certaine période, juges à la Cour des plaidoyers communs. Une liste de ces juges est fournie par Neatby, *ibid* aux pp 351-54. Sur ce point, voir également Roy, *supra* note 5.

²⁷ Cette absence de formation juridique, notamment en droit anglais, pourrait paradoxalement avoir eu pour effet de les rendre plus « conciliants » à l'égard de l'application du droit français par ignorance des règles communes ou divergentes. Pour une comparaison avec une colonie britannique, voir John M Murrin, « The Legal Transformation: The Bench and Bar of Eighteenth-Century Massachusetts » dans Stanley Nider Katz et John M Murrin, dir, *Colonial America: Essays in Politics and Social Development*, 3e éd, New York, Knopf, 1983, 540.

²⁸ Avant de devenir juge, il était officier écossais du vingt-septième régiment. Voir Neatby, *Administration*, *supra* note 23 aux pp 56-57. Il nous a été possible de retrouver son contrat de mariage avec Marie-Claire Fleury dit Déchambault, fille d'un seigneur canadien : *Fonds du notaire Pierre Mezières*, 1^{er} août 1765, Centre d'archives de Montréal de BanQ, Bibliothèque et Archives nationale du Québec (microfilm 2411, CN 601, S290). Ce contrat de mariage paraît en tout point conforme au droit français.

²⁹ Il était, plus précisément, chirurgien rattaché à l'armée. Sur ce personnage, voir Neatby, *Administration*, *supra* note 23 aux pp 54-55.

³⁰ Initialement, il est le seul juge d'origine française puisque le fameux serment du test a pour principale conséquence d'exclure en principe les catholiques de l'exercice d'une telle fonction. Après le décès de Mounier, en 1769, Hector Theophilus Cramahé, capitaine britannique, puis secrétaire de Murray avant de devenir lieutenant-gouverneur de la province, lui succède. Dès 1770, Thomas Dunn, marchand anglais, remplace Cramahé à cette fonction de juge.

³¹ Sur ces juges, voir Scott, *supra* note 21 aux pp 262-67, 347-49 ; Fyson, *Magistrates*, *supra* note 19 à la p 117. Leur impartialité a été mise en cause par Neatby, *Administration*, *supra* note 23 aux pp 118-23. Elle relate notamment l'enquête menée à propos des juges de la Cour des plaidoyers communs (*ibid* aux pp 242-55).

Banc du Roi »³² établie à Québec. Si le montant en litige est supérieur à trois cents louis sterling³³, la faculté d'en appeler devant le gouverneur et le Conseil est alors ouverte³⁴.

Lorsque la valeur du litige excède dix livres, le choix de la cour de première instance est laissé au plaignant. Rien n'empêche un individu d'origine britannique de saisir la Cour des plaidoyers communs (et vice-versa), mais il lui est initialement possible de demander un bref d'évocation (« *writ of certiorari* ») destiné à permettre le transfert de sa cause auprès de la Cour du Banc du Roi. S'il est d'origine canadienne, le défendeur est alors désavantagé puisqu'il ne peut pas a priori invoquer le droit français, utiliser la langue française ou recourir à un avocat francophone devant cette Cour³⁵. À la suite de plaintes de la part d'avocats

³² *Cours civiles*, supra note 10 à la p 180. Cette juridiction est chargée « d'entendre et de juger toutes les causes civiles et criminelles suivant les lois d'Angleterre et conformément aux ordonnances de cette province » (*ibid* à la p 181). Le juge en chef de la province est, dans la pratique, le seul juge de cette Cour. À cette fonction se sont succédés William Gregory, nommé en 1764, puis William Hey en 1766.

³³ Il peut être fait appel des différends qui font l'objet d'un tel montant directement au gouverneur et au Conseil, sans passer par la Cour du Banc du Roi, si l'une des parties le souhaite. Par conséquent, l'opposition de l'une des parties à ce « recours direct » paraît irrecevable. *Ibid* aux pp 181-82. Voir Evelyn Kolish, *Nationalismes et conflits de droits : le débat du droit privé au Québec, 1760-1840*, Ville LaSalle, Hurtubise, 1994 [Kolish, *Nationalismes*]; Scott, supra note 21 aux pp 209-10 ; Donald Fyson, « Judicial Auxiliaries Across Legal Regimes: From New France to Lower Canada » dans Claire Dolan, dir, *Entre justice et justiciables : Les auxiliaires de la justice du Moyen Age au XX^e siècle*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, 395 à la p 396 [Fyson, « Judicial Auxiliaries »]

³⁴ Si la valeur en litige est d'au moins cinq cents livres sterling, il est même possible d'exercer un recours supplémentaire auprès du Roi en son Conseil (*ibid* à la p 181). Cette possibilité est maintenue par l'ordonnance du 25 février 1777. Sur la nécessité de disposer de « deux bonnes et suffisantes cautions » pour exercer cet appel, voir *Entre le sieur Comte Dupré, négociant en cette ville, demandeur, contre le sieur Elie Lapparre défendeur*, 1767-1768, Centre d'archives de Québec de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TP5, S1, SS1, 1980-09-008/1, pièce 402), notamment la requête de Jean-Baptiste Lebrun qui invoque l'application d'un acte du Parlement anglais (III Jacobi I, c 8 : *An Act to avoid unnecessary Delays of Executions*, 1605) pour établir que la possibilité de l'appel repose sur l'existence de deux cautions équivalentes au double de la somme portée au jugement). Voir aussi *Watson et Rashleigh c François Cazeau* (notamment les *Moyens de refus des cautions* de A Panet du 16 octobre 1779), Centre d'archives de Québec de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TP7, 1980-09-031/1, dossier 5).

³⁵ Le premier juillet 1766, une ordonnance autorise les catholiques à exercer les fonctions d'avocat devant toutes les cours, plutôt que devant la seule Cour des plaidoyers communs : Québec, *Ordonnance pour modifier et amender une ordonnance de Son Excellence le gouverneur et du Conseil de Sa majesté de cette province, rendue le dix septième jour de septembre 1764*, 1^{er} juillet 1770, reproduit dans Shortt et Doughty, supra note 1, 219.

francophones, il a été définitivement mis fin à cette procédure du « *writ of certiorari* » en 1766, comme étant contraire à l'esprit de l'ordonnance de 1764³⁶. Sans doute, la Cour du Banc du Roi n'a-t-elle eu, en définitive, qu'une activité réduite en matière civile. En effet, la population étant canadienne dans son immense majorité, il est à supposer qu'elle ait été peu saisie en première instance³⁷. Reste à connaître l'ampleur des saisies en appel. Malheureusement, comme Seaman Scott et Hilda Neatby, nous n'avons pas pu travailler sur les registres de la Cour du Banc du Roi en matière civile de la période intermédiaire en raison de leur disparition³⁸. Il semble toutefois que le juge en chef Gregory (1764-1766) ait utilisé exclusivement le droit anglais au sein de cette juridiction. Ce n'est qu'après l'arrivée du juge en chef Hey, en 1766, que le droit français a été admis, en appel, tandis que le droit anglais y restait dominant³⁹. Plusieurs hypothèses ont toutefois été émises à propos de la situation prévalant après 1766. Selon certains auteurs, les appels auraient généralement été formés conformément à la nature du droit appliqué en première instance afin d'éviter des contradictions de règles. La même loi aurait donc été désormais appliquée en première instance et en appel⁴⁰. D'autres auteurs ont soutenu que les décisions des Cours des plaidoyers communs, fondées sur le droit français, étaient systématiquement renversées en appel, la Cour du Banc du Roi appliquant rigide-ment le seul droit anglais⁴¹.

³⁶ Hilda Neatby, *Quebec: The Revolutionary Age, 1760-1791*, Toronto, McClelland and Stewart, 1966 à la p 53 [Neatby, *Revolutionary*].

³⁷ La saisine de la Cour du Banc du Roi, en première instance, interviendrait le plus souvent afin d'entendre des causes devant jury en matière civile.

³⁸ « *No original record book has been found* » : Scott, *supra* note 21 à la p 365. « *The official records of this court are apparently destroyed or lost* » : Neatby, *Administration*, *supra* note 23 à la p 358. Les registres conservés, aux Bibliothèque et Archives nationales du Québec pour la Cour du Banc du Roi pour le district de Québec, sont regroupés dans la série TL18. Celle-ci comprend plusieurs sous-séries, notamment TL18, S1, pour les matières criminelles en général (1765-1816), TL18, S1, SS1, comprenant des dossiers criminels (1765-1816), TL18, S2, pour les matières civiles en général (1794-1849) et TL18, S2, SS11, pour certains procès-verbaux d'audiences (1795-1808).

³⁹ Au sujet de l'application du droit privé de la Nouvelle-France lors de l'appel d'une décision de la Cour des plaidoyers communs, Hey affirme devant la Chambre des Communes britannique : « *I have thought myself obliged, in my capacity of chief justice, in every case of appeal, to determine by the same rule ; because it seemed to me a gross absurdity, that I should sit to determine the merits of a cause, governed by one kind of law, which they had determined under the provisions of another* » : J Wright, *Debates of the House of Commons in the year 1774, on the Bill for Making more Effectual Provision for the Government of the Province of Quebec, Drawn up from the Notes of the Right Honourable Sir Henry Cavendish Bart*, Londres, Ridgway, 1839 à la p 151.

⁴⁰ Voir Scott, *supra* note 21 à la p 390 ; L'Heureux, *supra* note 9 à la p 302.

⁴¹ Voir Burt, *supra* note 5 à la p 159 ; Neatby, *Administration*, *supra* note 23 à la p 4.

L'ordonnance de 1777 énonce que, désormais, la décision de la Cour des plaidoyers communs est définitive, sauf quelques exceptions, lorsque la valeur de la cause en litige est inférieure ou égale à dix livres sterling. Si la valeur en litige dépasse cette somme, il est alors possible d'interjeter appel devant le gouverneur et son Conseil⁴². Par conséquent, il est clairement établi que la Cour du Banc du Roi n'intervient plus en appel des décisions rendues par les Cours des plaidoyers communs. Sa compétence, en matière civile, disparaît donc.

La consultation de plusieurs listes de causes en appel devrait permettre de tirer quelques enseignements sur cette période⁴³. Ainsi, après examen de vingt-et-un appels de causes jugées par la Cour des plaidoyers communs de Québec, entre 1764 et 1774⁴⁴, et de quarante-et-une causes jugées par la même juridiction entre 1774 et 1787⁴⁵, il ressort que moins du quart ont été favorablement accueillis. La proportion est encore plus faible pour les causes antérieures à la promulgation de l'*Acte de Québec*. L'étude d'une autre liste comportant vingt-et-un appels exercés à l'égard de décisions émanant des Cours des plaidoyers communs de Montréal et de Québec⁴⁶ sur la période s'étendant de 1777 à 1780⁴⁷ démontre l'existence d'une proportion similaire de cas renversés, alors que l'*Acte de Québec* a entre-temps officiellement réintroduit l'usage du droit

⁴² *Ordonnance Judicature*, *supra* note 23 aux pp 668-71. Déjà, en 1773, à la suite du départ du juge en chef Hey, le Conseil avait adopté une ordonnance afin de transférer la compétence d'appel de la Cour du Banc du Roi, en matière civile, au gouverneur et au Conseil : L'Heureux, *supra* note 9 à la p 303.

⁴³ Sur la cour d'appel, voir Scott, *supra* note 21 aux pp 367-81 ; Neatby, *Administration*, *supra* note 23 aux pp 134-41.

⁴⁴ Sur vingt-et-un appels, la décision de la cour de première instance n'a été renversée qu'à trois reprises, tandis que cinq affaires n'ont donné lieu à aucun jugement : *List of Appeal Causes from the Court of Common Pleas for the District of Quebec to the Supreme Court or Court of King's Bench from 1764 to 1774*, tel que cité dans Scott, *supra* note 21 à la p 209, n 14.

⁴⁵ La cour d'appel renverse le jugement rendu en première instance dans dix cas. Le jugement est confirmé dans dix-sept autres cas. Enfin, plusieurs cas d'abandons de procédures ont été observés et six causes sont en attente d'être examinées : « A List of Appeal Causes from the Court of Common Pleas for the District of Quebec from 1774 to the 23 August 1787 » dans *Bibliothèque et Archives du Canada*, CO42/54 (microfilm B41, fol 19) [« List of Appeal Causes »].

⁴⁶ Seize proviennent de la Cour des plaidoyers communs de Montréal et cinq de celle de Québec : *ibid.*

⁴⁷ Dans quatorze cas, le jugement de première instance a été confirmé. Dans cinq cas, le jugement de première instance est renversé tandis que dans deux causes, l'appel a été abandonné peu de temps après avoir été introduit : « Liste de 21 appels examinés par la cour d'appel de 1777 à 1780 » dans British Library, *Haldimand Papers, Minutes of the Council at Quebec, 1779-1784*, MG 21, Add Mss 21 739, B-79 (*Bibliothèque et Archives du Canada*, microfilm H 1442, fol 78).

français en matière civile dans la province. Il est toutefois difficile de tirer des conclusions hâtives à partir de ces constatations. À supposer même que le droit français se soit toujours appliqué en première instance, le faible taux de jugements renversés en appel ne nous permet pas de tirer des conclusions certaines. En effet, il peut arriver que les solutions dégagées par les droits français et anglais soient convergentes. Au surplus, l'application de ce dernier, au sein de la colonie, a fait l'objet d'opinions aussi nombreuses que contradictoires.

2. La controverse concernant l'introduction du droit anglais

Comme le reconnaît, en 1772, le solliciteur général Alexander Wedderburn, une certaine « incertitude au sujet des lois de la province »⁴⁸ s'installe rapidement⁴⁹. Ainsi, Guy Carleton et William Hey soulignent la nécessité de « résoudre une très sérieuse difficulté ». Il s'agit en effet de déterminer « quel système de lois – lois anglaises, françaises ou anglo-françaises – faudra-t-il ordonner aux juges d'adopter à l'avenir pour rendre leurs décisions ? »⁵⁰. Dans son rapport du 22 janvier 1773, le procureur général Thurlow constate même que trois opinions différentes ont eu cours. Selon la première, « le système de lois d'Angleterre dans son ensemble est actuellement établi et en vigueur à Québec »⁵¹. D'autres auteurs considèrent que « les lois canadiennes n'ont pas été abrogées »⁵². Enfin, il a également été soutenu que la Proclamation royale du 7 octobre 1763⁵³ et les mesures auxquelles elle a donné lieu, n'auraient « fait

⁴⁸ Québec, *Rapport du solliciteur général Alex Wedderburn*, 6 décembre 1772, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 402 à la p 410 [Wedderburn]. Alexander Wedderburn est nommé solliciteur général de Grande-Bretagne en 1771 et procureur général en 1778.

⁴⁹ Neatby (*Administration*, *supra* note 23 à la p 3) décrit la situation juridique, au Canada, après 1764, comme « a sort of noisy chaos » tandis que Gerald S Graham observe « the uncertainty of the laws » (*British Policy and Canada, 1774-1791: A study in 18th Century Trade Policy*, Londres, Longmans, Green and Co, 1930 à la p 22). De son côté, Kolish (*Nationalismes*, *supra* note 33 à la p 37) mentionne également le « chaos judiciaire » ambiant.

⁵⁰ *Rapport Judicature*, *supra* note 17 à la p 68.

⁵¹ Québec, *Rapport du procureur général Edwd Thurlow*, 22 janvier 1773, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 416 à la p 419 [Thurlow]. Dans leur « Rapport sur les lois et les cours de judicature de la province de Québec », Guy Carleton et William Hey (*Rapport Judicature*, *supra* note 17 à la p 61) soutiennent que « [l]es lois du Canada [...] ont fait place — c'est du moins l'opinion commune — aux lois de l'Angleterre adoptées en bloc sans distinction, modification ou révision ».

⁵² *Thurlow*, *supra* note 51 à la p 420.

⁵³ Un arrêt de la Cour du Banc du Roi, rendu à Londres par lord Mansfield, est venu encadrer sa portée : *Campbell c Hall* (1774), 1 Cowp 204, 98 ER 848, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1 aux pp 506-15. Si la *Proclamation royale de 1763* n'a

qu'introduire les lois criminelles d'Angleterre au Canada et confirmer l'usage des lois civiles de ce pays »⁵⁴. Certains articles de la capitulation de Montréal contribuent à cette ambiguïté. En effet, le conquérant y a garanti aux habitants « L'Entiere paisible propriété et possession de leurs biens, Seigneuriaux et Roturiers Meubles et Immeubles, Marchandises, Pelleteries, et Autres Effets, même Leurs batiments de Mer »⁵⁵. Par conséquent, la mention des « biens seigneuriaux » paraît conserver le régime seigneurial voire les règles successorales propres aux fiefs⁵⁶.

Tandis que des travaux majeurs ont, depuis plusieurs années, favorisé une meilleure connaissance du système criminel et des lois pénales applicables après la Conquête⁵⁷, l'étude du droit civil apparaît comme le parent pauvre de cette recherche. La matière reste l'objet d'une importante controverse historique⁵⁸, qui contribue à dissuader certains

pas eu pour effet d'introduire les lois anglaises dans la province, il convient d'en conclure que l'ordonnance de 1764 n'a pu avoir ce pouvoir sous peine d'illégalité. En effet, le gouverneur et le Conseil ne sont pas compétents pour procéder à un tel changement. Sur ce point, voir Morin, « Changements », *supra* note 3 aux pp 689-90, 692-94 ; Neatby, *Revolutionary*, *supra* note 36 aux pp 47-49 ; WS Wallace, « The Beginnings of British Rule in Canada » (1925) 6 : 3 *Canadian Historical Review* 208 [Wallace, « Beginnings »] ; L'Heureux, *supra* note 9 aux pp 268-73.

⁵⁴ *Thurlow*, *supra* note 51 à la p 421.

⁵⁵ *Capitulation*, *supra* note 2, art 37 aux pp 16-17,

⁵⁶ Pour plus de précisions sur ces questions, voir l'étude de Michel Morin à paraître dans un volume portant sur l'histoire du droit québécois et ontarien de 1760 à 1867, édité par Blaine Baker et Donald Fyson et publié par la Osgoode Society for Legal History en 2011.

⁵⁷ Sur l'application du droit criminel, voir André Morel, « La réception du droit criminel anglais au Québec (1760-1892) » (1978) 13 : 2-3 *RJT* 449 [Morel, « Criminel »] ; Douglas Hay, « The Meanings of the Criminal Law in Quebec, 1764-1774 » dans Louis A Knafla, dir, *Crime and Criminal Justice in Europe and Canada*, Waterloo, Wilfrid Laurier University Press, 1981, 77 ; Jean-Marie Fecteau, *Un nouvel ordre des choses : la pauvreté, le crime, l'Etat au Québec, de la fin du XVIIIe siècle à 1840*, Outremont (Qc), VLB éditeur, 1989 aux pp 88-97 ; Fyson, *Magistrates*, *supra* note 19 aux pp 15-52, où l'auteur démontre que, malgré les changements apportés par la Conquête, une grande continuité historique est perceptible en matière criminelle.

⁵⁸ Voir Justice Wood Renton, « French Law within the British Empire » (1909) 10 : 1 *Journal of the Society of Comparative Legislation* 93 aux pp 99-103 ; Scott, *supra* note 21 aux pp 381-88 ; « The Benefit of English Law » dans Neatby, *Revolutionary*, *supra* note 36 aux pp 45-55 ; « Controversy in Quebec over the Laws and the Form of Governemnt » dans Hilda Neatby, *The Quebec Act: Protest and Policy*, Scarborough, Prentice-Hall of Canada, 1972, 12 [Neatby, *Protest*] ; André Morel, « La réaction des Canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774, une forme de résistance passive », (1980) 20 *R du B* 53-63 ; Morin, « Changements », *supra* note 3 aux pp 689-700 ; Jean-Philippe Garneau, *Droit, famille et pratique successorale : les usages du droit d'une communauté rurale au XVIIIe siècle canadien*, thèse de doctorat en histoire, Uqam, 2003 aux pp 60-71 ; Jean-Philippe Garneau, « Droit et "affaires de famille" sur la

chercheurs à se consacrer à la résolution de cette question. La plupart des auteurs relèvent que, si l'ordonnance du 17 septembre 1764 a officiellement introduit les lois anglaises⁵⁹, la pratique n'aurait pas suivi⁶⁰. Un droit hybride se serait alors appliqué⁶¹. Les principales règles du droit civil français se seraient même maintenues⁶².

Côte-de-Beaupré : histoire d'une rencontre en amont et en aval de la Conquête britannique » (2000) 34 : 2 RJT 515.

- ⁵⁹ Pierre-Georges Roy (*supra* note 5 à la p 10) affirme aussi que « le système inauguré en 1764 introduisait les lois anglaises dans la colonie ». Jean-Gabriel Castel (*The Civil Law System of the Province of Quebec: Notes, Cases, and Materials*, Toronto, Butterworths, 1962 à la p 21) soutient également que, « [a]s for the civil law, the Proclamation was taken literally and English law was introduced. Chaos reigned [...] ». Pour Michel Brunet (*Les Canadiens après la Conquête, 1759-1775 : De la Révolution canadienne à la Révolution américaine*, Montréal, Fides, 1969 à la p 99), cette ordonnance de 1764 « changea subitement le système légal de la colonie et modifia radicalement l'administration de la justice ». Evelyn Kolish (*Nationalismes, supra* note 33 aux pp 31-32) relève aussi que « l'introduction soudaine », à la suite de l'ordonnance, « du droit anglais en bloc dans le pays ne pouvait qu'engendrer un certain chaos » et que le « recours à l'ancienne pratique [est donc] devenu illégal ». Plus récemment, Luc Huppé (*supra* note 21 à la p 137) observe également que, « [t]ant dans ses structures que dans son contenu, le régime juridique des habitants de la province de Québec doit donc changer du tout au tout ».
- ⁶⁰ Après avoir établi que l'ordonnance de 1764 a introduit « en bloc, et sans même en faire la promulgation, tout le droit civil et criminel de l'Angleterre », Paul-Émile Lamarche considère que « les lois anglaises et les lois françaises furent appliquées indistinctement et d'une façon désordonnée » : Paul-Émile Lamarche, « Le droit civil français sous la domination anglaise », présenté à l'occasion de la réunion solennelle de fin d'année du barreau, Montréal, 29 avril 1911, dans Paul-Émile Lamarche, *Œuvres-Hommages*, Montréal, Bibliothèque de l'Action française 1919, 18 aux pp 40-41.
- ⁶¹ Wallace (« Beginnings », *supra* note 54 à la p 210) observe que « [a]s for the promise of English law, if it implied, as it seemed to imply, that the French law was to be abolished, the best that can be said for it is that it was impracticable ». Gerald Graham (*supra* note 49 aux pp 19-21) indique également, en citant l'ordonnance de 1764, que « this most significant of the articles implied apparently the total abolition of French law ». Il croit alors qu'en matière commerciale, où « the greatest confusion prevailed », s'est progressivement instauré « a hybrid creation of French Canadian custom and English law ». William Smith souligne également que, durant la période qui a suivi l'ordonnance de 1764 et avant l'Acte de Québec, la plupart des lois et coutumes françaises continuaient de s'appliquer concurremment avec les normes britanniques : William Smith, « The Struggle over the Laws of Canada, 1763-1783 » (1920) 1 *Canadian Historical Review* 166 à la p 171.
- ⁶² Hilda Neatby (*Revolutionary, supra* note 36 aux pp 49, 53) retient que, durant cette période, « officially, all courts might apply English law ». Toutefois, elle précise que « there is indeed every reason to suppose that Canadian civil laws and customs remained practically undisturbed ». Elle mentionne que « the judges and the governor connived at this, and it became an understood thing that in the courts of common pleas, which were mainly for the new subjects, French-Canadian laws and customs would be followed » : Neatby, *Administration, supra* note 23 à la p 4.

La question a même été débattue en justice puisque, dans l'arrêt *Stuart c. Bowman*, il s'agissait précisément de déterminer si le droit anglais avait été appliqué durant la période précédant l'*Acte de Québec*. Le juge Mondelet a alors estimé que

[d]epuis que le Canada appartient à l'Empire Britannique, les tribunaux de ce pays n'ont jamais été appelés à décider une question d'une aussi haute importance que l'est celle qui se présente ici, je veux dire la grande question de savoir si les lois civiles de l'Angleterre ont, à aucune époque, été introduites en cette Province⁶³.

En appel, et contrairement au jugement de première instance, le juge Aylwin conclut que le droit anglais s'est appliqué en matière civile jusqu'en 1774⁶⁴. L'arrêt *Wilcox c. Wilcox* s'est également intéressé aux implications juridiques de cette question historique. En appel, le juge en chef L.H. Lafontaine soutint, quant à lui, l'idée selon laquelle les lois françaises n'ont jamais été remplacées par les lois anglaises⁶⁵.

En définitive, Evelyn Kolish observe que, « selon l'historiographie traditionnelle, ce mandat assez ambigu (issu de l'ordonnance de 1764) aurait permis aux juges de la Cour des plaidoyers communs d'utiliser le droit du pays, mais, en l'absence de recherches systématiques dans les archives judiciaires de l'époque, cette interprétation reste problématique »⁶⁶. Cette nécessité d'approfondir notre examen de la pratique judiciaire de l'époque est également soulignée par Donald Fyson⁶⁷, Jean-Philippe Garneau⁶⁸ et John A. Dickinson⁶⁹. Tel est

⁶³ *Stuart c Bowman* (1851), [1852] 2 LCR 369 aux pp 405-06 (CS Qc), juge Mondelet [*Stuart* (CS Qc)].

⁶⁴ « *The introduction of the Laws of England in Civil cases, into Canada, is a matter of fact that cannot be denied, and it is certain that the old Law of Canada was only restored and reintroduced by the Statute of the 14th Geo. III, cap. 87* » : *Stuart c Bowman*, [1853] 3 LRC 309 à la p 387 (BR Qc). Dans cet arrêt en appel, les juges Rolland, Panet et Aylwin renversent le jugement antérieur des juges Smith, Vanfelson et Mondelet (*Stuart* (CS Qc), *supra* note 63).

⁶⁵ Il énonce que ces dernières n'ont été introduites « ni par le changement de domination, ni par la proclamation de 1763, encore moins par l'ordonnance de 1764 » : *Wilcox c Wilcox*, [1858] 8 LRC 34 à la p 52 (BR Qc) [*Wilcox*]. Sur cette affaire, voir aussi les opinions antérieures qui ont servi de fondement à ce jugement : *Wilcox c Wilcox*, (*Appendix*), [1858] 2 LC Jur i, juge en chef Hey ; l'analyse de Scott (*supra* note 21 aux pp 136-45).

⁶⁶ Kolish, *Nationalismes*, *supra* note 33 à la p 21.

⁶⁷ Il constate que « *the discussion of the hybrid legal system has often been based more on an examination of the law in theory than in practice and, when the practice has been studied, on exceptional cases and the upper reaches of the legal system* » : Fyson, « *Judicial Auxiliaries* », *supra* note 33 à la p 384.

précisément l'objet des recherches dont nous livrons ici le résultat : mieux comprendre la situation juridique à la suite de l'adoption de l'ordonnance de 1764 établissant des cours civiles.

B. Le droit applicable devant la Cour des plaidoyers communs

Le statut particulier de la Nouvelle-France, au lendemain de la Conquête britannique, influe nécessairement sur l'attitude adoptée par les Cours des plaidoyers communs (a). L'examen des fonds des Cours des plaidoyers communs de Québec et de Montréal nous permet d'identifier non seulement le droit appliqué par ces juridictions (b), mais également de mieux définir les fondements juridiques sur lesquels reposent les arguments des parties (c). À cet égard, l'attitude des justiciables d'origine britannique ou de leurs avocats mérite une attention particulière (d).

1. Les conséquences juridiques de la Conquête⁷⁰

De nombreux avocats soulignent la situation particulière qui prévaut après la Conquête. Ainsi, dans une affaire où il poursuit un nommé Grand Champ pour avoir prononcé des calomnies et mensonges au sujet de son client, Panet observe la situation spécifique du Canada. Il commence par établir que l'affaire aurait peut-être dû être préférablement portée devant les juges de paix, mais il constate que l'ordonnance de 1770 a modifié les attributions de ces derniers et que désormais ceux-ci diffèrent

⁶⁸ « Si on connaît bien le discours public et les attitudes de la classe politique, on sait peu de choses des avocats qui plaident au nom de la loi devant les juges, encore moins de leur travail de médiation à la chambre d'audience ou au-dehors » : Jean-Philippe Garneau, « Appartenance ethnique, culture juridique et représentation devant la justice civile de Québec à la fin du XVIII^e siècle » dans Claire Dolan, dir, *Entre justice et justiciables : Les auxiliaires de la justice du Moyen Âge au XX^e siècle*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, 405 à la p 410.

⁶⁹ « Les actes de la pratique judiciaire et notariale que les historiens d'autrefois considéraient sans intérêt, sont beaucoup plus riches que la correspondance officielle et la législation » : John A Dickinson, « L'administration "chaotique" de la justice après la Conquête : discours ou réalité ? » dans Giovanni Dotoli, dir, *Canada : Le rotte della libertà. Atti del Convegno internazionale*, Monopoli, Fasano, Schena, 2006, 117 à la p 127, n 41.

⁷⁰ Sur la question du droit applicable à une nouvelle colonie, voir JE Côté, « The Reception of English Law » (1977) 15 : 1 *Alta L Rev* 29. À propos de la situation québécoise, voir Scott, *supra* note 21 aux pp 61-71 ; Reginald Coupland, *The Quebec Act: A study in Statesmanship*, Oxford, Clarendon Press, 1968 aux pp 6-17, 35-40 ; Morin, « Changements », *supra* note 3 aux pp 689-700. Ce dernier démontre que certaines règles de droit public ne sont pas automatiquement abolies après la Conquête si elles restent compatibles avec les normes établissant la souveraineté du nouveau monarque (*ibid* aux pages 692, 694).

sensiblement de « ceux qui sont en Angleterre »⁷¹. Il justifie cette différence dans le fait que le Canada est « un pays nouvellement gouverné par les lois d'Angleterre », auxquelles les juges eux-mêmes pourraient toujours déroger « en jugeant soit suivant la loi du pays, soit par équité »⁷². Par conséquent, la spécificité de la situation canadienne permettrait de justifier le statut juridique qui y prévaut et entraînerait l'application d'un droit local ou d'une mesure découlant d'un principe d'équité. À cet égard, la conquête du Canada par les Britanniques suscite de nombreuses interrogations juridiques. Ainsi, il est possible de relever de nombreuses occurrences ponctuelles, de la part des avocats, relatives au nouveau statut de la province. La situation de celle-ci paraît donc justifier l'application d'un droit qui lui serait propre.

Par exemple, avant la promulgation de l'*Acte de Québec*, l'une des parties à un procès dénonce l'application systématique des lois d'Angleterre. « Le droit des gens et le droit public » sont alors invoqués pour appuyer l'idée selon laquelle, « dans un pays conquis où le conquérant n'introduit aucune loi nouvelle, celles du vaincu y est promulguée et suivie »⁷³. En 1781, l'avocat Panet soutient aussi qu'il faut considérer le Canada « comme païs conquis et non comme partie primitive et ancienne de l'île et Royaume d'Angleterre ». Il précise qu'il s'agit là d'une « juste distinction que les nations policées ont toujours faite lors des conquêtes des colonies étrangères, en leur conservant comme au Canada les lois des terres et des propriétés »⁷⁴. Dans un autre procès, l'une des parties soutient que la conquête n'aurait changé « que le droit public et

⁷¹ Dans ce pays, « la forme exacte et de rigueur » y serait ainsi « mieux suivie qu'en Canada » : *Réponses que fournit pardevant les honorables juges de la Cour des plaidoyers communs, Pierre Dumesnil à l'écrit d'exceptions et moyens de nullité fourni par le nommé Grand Champ* (non daté, vers 1775), Centre d'archives de Québec de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, (TL15, pièce 1589). Sur les fonctions des juges de paix dans la province de Québec, voir L'Heureux, *supra* note 9 aux pp 313-16.

⁷² *Ibid.*

⁷³ Le défendeur en conclut que « les lois constituées et suivies en Canada avant sa rédition » n'ayant point été abrogées, il en résulte qu'« elles doivent y être en force ». Ces anciennes lois s'appliqueraient particulièrement aux « nouveaux sujets qui n'ont eu aucun moyen, aucune occasion de s'instruire sur toutes autres » : *Répliques que fournit par devant les honorables juges de la Cour des plaidoyers communs du district de Québec, Charles Liard fils à l'écrit du Sieur Sigismond Debut* (non daté, vers 1771), Centre d'archives de Québec de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, 1980-09-008/6, pièce 1149).

⁷⁴ *Entre Dame Charlotte Aubert veuve de Monsieur Dalbergaty et Michel Louis Antoine de Salaberry, ecuyer, curateur d'Ignace Aubert ecuyer, demandeurs, et Mr David Allger, défendeur : Réponses des demandeurs aux exceptions du défendeur, Québec*, (5 décembre 1781), Centre d'archives de Québec de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, S2, 1980-09-008/14, pièce 1924).

non le droit particulier »⁷⁵ et demande en conséquence l'application « du droit, de l'usage et de la coutume de Paris qui ont toujours fait le droit, l'usage et la Coutume du Canada »⁷⁶. L'un des avocats du Britannique William Grant s'appuie même sur l'autorité du droit anglais pour faire accepter ce principe⁷⁷. En effet, il reproduit mot pour mot un passage où Blackstone, dans ses fameux *Commentaires*, établit, concernant la situation américaine, une distinction très nette entre les terres inhabitées, conquises par droit d'occupation, et celles obtenues par suite de conquête ou cession. Dans ce dernier cas, les lois en vigueur sont maintenues jusqu'à ce qu'elles soient formellement modifiées⁷⁸.

Par ailleurs, les autorités politiques anglaises ne paraissent pas totalement opposées à ces idées⁷⁹. En effet, en 1766, le procureur général Charles Yorke et le solliciteur général William de Grey relèvent, comme une maxime juridique fort ancienne, le principe selon lequel « un peuple conquis conserve ses anciennes coutumes jusqu'à ce que le conquérant introduise de nouvelles lois »⁸⁰. Cette idée avait déjà été exposée par

⁷⁵ Sous l'Ancien Régime, l'adjectif « particulier » était souvent utilisé par opposition à « public ». Par exemple, le « service particulier » désignait l'opposé du « service public ». Jean-Louis Mestre, « La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée constituante » dans *Études et documents du Conseil de l'État*, n° 40, 1989, 187.

⁷⁶ *Moyens en cassation de vente d'une terre et restitution des fruits d'icelle que Marie Françoise Gosselin veuve en premières noces de feu Lambert Cornohou épouse de François Laroche, demanderesse, produit à l'honorable Cour, contre le nommé Louis Laverdiere habitant de la paroisse St Jean en l'isle d'Orléans, province de Québec, acquéreur de la dite terre, et défendeur* (non daté, vers 1773), Centre d'archives de Québec de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, 1980-09-008/8, pièce 1355).

⁷⁷ « *For it is an uncontroverted principle in the English Law that in conquered or ceded countries that have already laws of their own, the King may indeed alter and change those laws, but till he does actually change them the antient laws of the country remain, unless such as are against the law of God, as in an infidel country* » : *Reflexions on the suit instituted by William Grant against the widow and heirs of St Ange*, 19 avril 1773, Centre d'archives de Québec de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, (TL15, S1, 1980-088/6, pièce 1254) à la p 3 [William Grant]. Déjà, en 1608, l'arrêt *Calvin's Case* ((1608), 7 Co Rep 1a, 77 ER 377) pose le principe selon lequel le droit d'un pays conquis reste en vigueur tant qu'il n'a pas été abrogé par le nouveau pouvoir.

⁷⁸ L'extrait du mémoire de Grant (*William Grant, supra* note 77) reproduit dans la note précédente provient presque mot pour mot de William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 9^e ed, Londres, W Strahan, T Cadell and D Prince, 1783, vol 1 à la p 108.

⁷⁹ Pour une comparaison avec une autre colonie, passée de la tutelle d'Amsterdam à celle de Londres, voir Simon Middleton, *From Privileges to Rights: Work and Politics in Colonial New York City*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 2006 aux pp 53-95.

⁸⁰ Ce principe serait particulièrement vrai dans le cas du Canada, qui constitue « une ancienne et grande colonie depuis longtemps peuplée et cultivée » : Wm De Grey et C

Francis Masères, qui devient procureur de la province de Québec en 1766⁸¹, ainsi que par Guy Carleton et William Hey, qui soulignent « l'impossibilité d'abroger en bloc les lois d'un pays bien cultivé et colonisé depuis nombre d'années pour y substituer une législation nouvelle »⁸². Un rapport du solliciteur général, Alexander Wedderburn, daté du 6 décembre 1772, soutient également que le droit de conquête n'entraîne pas pour conséquence la possibilité, pour le conquérant, d'imposer les lois selon sa seule volonté⁸³. En 1773, le procureur général Edward Thurlow affirme même que « [l]e conquérant a hérité de la prérogative de souveraineté en vertu d'un titre pour le moins équivalent à celui que les conquis revendiquent à l'égard de leurs droits personnels et de leurs anciennes coutumes »⁸⁴. C'est la raison pour laquelle il en conclut que « les nouveaux sujets acquis par la conquête ont le droit d'attendre de la bonté et de la justice de leur conquérant, le maintien de toutes leurs anciennes lois »⁸⁵.

Toutefois, l'incertitude perdure. Une ordonnance de novembre 1764, pourtant destinée à « tranquilliser le peuple au sujet de ses possessions » est particulièrement ambiguë à cet égard⁸⁶. En effet, elle commence par énoncer que « les droits successoraux en matière de biens-fonds et de biens de toutes sortes », établis avant le traité de Paris et « suivant la coutume de cette colonie », sont maintenus⁸⁷. Toutefois, elle semble, dans le même temps, limiter la reconnaissance de cette protection juridique à la date du 10 août 1765 et admet que la promulgation ultérieure d'une « loi formelle » reste toujours susceptible de remettre en cause le maintien de ces droits⁸⁸.

Yorke, *Rapport du procureur général et du solliciteur général au sujet du gouvernement civil de Québec*, 14 avril 1766, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 222 à la p 226.

⁸¹ Francis Masère, *Considérations sur la nécessité de faire voter un acte par le Parlement pour régler les difficultés survenues dans la province de Québec*, 1765, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 229 à la p 236.

⁸² *Rapport Judicature*, *supra* note 17 à la p 66. Il convient d'observer que le juge en chef chargé de la Cour du Banc du Roi, William Hey, et le solliciteur général, Francis Masères, entrés en fonction en 1766, sont bilingues et ont de bonnes connaissances juridiques.

⁸³ *Wedderburn*, *supra* note 48 à la p 403.

⁸⁴ *Thurlow*, *supra* note 51 à la p 425.

⁸⁵ *Ibid* à la p 424.

⁸⁶ *Ordonnance du 6 novembre*, *supra* note 16 aux pp 199-200

⁸⁷ *Ibid*.

⁸⁸ *Ibid*. C'est également l'interprétation qu'en fait, vers 1768, Francis Masères, procureur général de la province de Québec, qui considère que toutes les terres dont les

En 1766, le gouverneur intérimaire Irving continue de souligner que « [s]i les juges de la cour inférieure étaient investis de l'autorité plus certaine de s'en tenir aux coutumes de Paris pour émettre leurs décisions, le système actuel d'administration de la justice deviendrait facile au peuple »⁸⁹. L'année suivante, Carleton recommande, dans le même sens, l'abrogation de l'ordonnance du 17 septembre 1764 afin de « maintenir pour le moment les lois canadiennes presque intactes »⁹⁰. En effet la situation actuelle, où existerait une certaine différence entre « les lois anciennes et celles qui ont été introduites récemment », serait préjudiciable. Bien qu'un changement juridique réel ait été introduit, Carleton observe cependant que « les hommes sont si peu clairvoyants que je n'ai encore rencontré qu'un seul Canadien qui a réalisé les conséquences d'une telle révolution »⁹¹. Hillsborough, premier secrétaire d'État pour les colonies, tente de rassurer Carleton en lui certifiant que l'intention du Roi n'a jamais été de « bouleverser les lois et les coutumes du Canada à l'égard de la propriété ». Au contraire, il soutient même que la justice doit y être rendue conformément à ces dernières⁹². Dans un rapport confidentiel daté de 1769, il constate pourtant que « les lois et les coutumes du Canada concernant la propriété n'ont pas encore été admises dans les cours », rendant les sujets inquiets⁹³.

propriétaires sont morts après cette date se trouvent désormais assujetties à la loi anglaise : Masères, *Brouillon*, *supra* note 1 à la p 310.

⁸⁹ Paemi Irving, *Le gouverneur intérimaire Irving aux Lords du commerce*, 20 août 1766, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 242.

⁹⁰ Guy Carleton, *Carleton à Shelburne*, 24 décembre 1767, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 262 à la p 265 [*Carleton 1767*].

⁹¹ Carleton considère toutefois que les Canadiens s'apercevront progressivement de la force de ces changements et finiront par se rendre compte que « la pratique suivie jusqu'aujourd'hui à l'égard des héritages est complètement changée ». En effet, « la propriété et les intérêts de chaque famille dans la province » sont désormais atteints et il ne peut manquer de s'ensuivre une « consternation [qui] deviendra générale ». *Ibid* à la p 264. C'est la raison pour laquelle le lieutenant-gouverneur préconise, à plusieurs reprises, de « maintenir les Canadiens dans la possession paisible de leurs propriétés, suivant leurs propres coutumes », Guy Carleton, *Carleton à Shelburne*, 20 janvier 1768, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 268 à la p 269. Voir aussi Guy Carleton, *Carleton à Shelburne*, 12 avril 1768, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 274 à la p 275 ; Québec, *Projet d'ordonnance concernant le mode de tenure des terres sous le gouvernement français*, 1 janvier 1767, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 266.

⁹² Whitehall, *Hillsborough à Carleton*, 6 mars 1768, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1 aux pp 272-73.

⁹³ Hillsborough et al, *Rapport des Lords Commissaires du commerce et des plantations, concernant l'état de la province de Québec*, 10 juillet 1769, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 357 à la p 362. Une pétition est d'ailleurs rédigée par les nouveaux sujets afin d'être « [r]endus à [leurs] coutumes et a [leurs] usages » : Québec,

Dès lors, il semble que les intentions de la monarchie britannique aient été favorables à une pleine reconnaissance de l'ancien système de droit⁹⁴. Ainsi, des instructions adressées à Carleton en 1771 recommandent l'adoption de « l'ancien système de concéder les terres, qui a prévalu sous la domination française avant la conquête et la cession de ladite province »⁹⁵. L'avocat général James Marriott préconise aussi le vote par le Parlement anglais d'un projet de loi autorisant la validité des « anciennes lois du Canada de même que les coutumes et usages de ce pays » en matière de droit civil. Les seules exceptions à cette application générale seraient « les cas où les parties par une convention formelle auront consenti à s'en départir » et ceux où « la pratique de la loi anglaise aura été suivie comme dans les cas de transport entre un sujet Canadien et un sujet originaire de l'Angleterre »⁹⁶. Ces recommandations seront suivies et définitivement consacrées par l'*Acte de Québec*. Comment s'est manifestée cette volonté dans la pratique ? Quel droit a été retenu pour rendre les décisions de justice avant cet *Acte* ?

2. Les décisions de la Cour des plaidoyers communs

À plusieurs reprises, la Cour des plaidoyers communs de Montréal a dû se prononcer sur la validité d'actes juridiques passés avant 1764. Par exemple, dans un procès tenu en 1767, le demandeur veut contraindre la partie adverse à lui verser une rente viagère, dont le montant a été préalablement déterminé par des arbitres. À défaut, il convient que la défenderesse pourrait lui accorder la moitié des biens de la succession de son mari, tout en se réservant la jouissance de l'autre moitié jusqu'à la fin de ses jours. Dans ses répliques, Sanguinet, avocat de la défense, fait alors valoir que, par un acte de donation, en date du 14 janvier 1762, l'intimée et son mari se sont réservés la gestion et l'administration de leurs biens. Au regard de cette donation au dernier vivant, la Cour des plaidoyers

Pétition pour obtenir le rétablissement des lois et coutumes françaises, vers 1770, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 399.

⁹⁴ Dès 1764, de nombreux habitants observent que, « par la façon dont la justice nous a été rendue jusqu'à présent », l'intention du nouveau gouvernement est de maintenir « les Coutumes de nos Pères ». Ils témoignent ainsi de leur attachement aux règles de droit d'origine française et demandent que celles-ci soient maintenues « autant que cela ne seroit point contraire aux Loix d'Angleterre et au bien général » : *Pétition Justice*, *supra* note 13 à la p 196.

⁹⁵ Londres, *Instructions additionnelles à Carleton*, 1771, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 401.

⁹⁶ Londres, *Rapport de l'avocat général James Marriott sur un code de lois pour la province de Québec*, 1774, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 457 [Marriott].

communs de Montréal fait donc droit à la défenderesse⁹⁷. En 1767, la juridiction montréalaise prononce aussi l'annulation d'un testament, daté du 8 août 1762, qui avait pour principale conséquence l'exhérédation des enfants⁹⁸. Par conséquent, après l'entrée en vigueur du nouveau système judiciaire, ces derniers ont continué à faire respecter les règles de l'ancien droit français pour des actes préalablement conclus. Cette attitude est conforme à ce que prévoyait l'ordonnance établissant des Cours civiles.

Dans ces conditions, il est alors intéressant d'examiner, dans les fonds des Cours des plaidoyers communs, les règles applicables aux causes nées après 1764. L'examen de l'ensemble des jugements rendus par ces juridictions, bien que ces derniers ne soient guère motivés, nous conduit alors à un constat surprenant. En effet, nous avons clairement pu établir que les règles de l'ancien droit français continuaient de s'appliquer durant cette période intermédiaire. Ainsi, même après 1764, la Cour des plaidoyers communs de Montréal n'hésite pas à s'appuyer sur la coutume de Paris pour rendre ses décisions⁹⁹.

Plusieurs causes entendues devant la juridiction montréalaise prouvent cette assertion. Par exemple, en 1767, une affaire de succession déchire la famille Charlan, dont les enfants se livrent à une bataille judiciaire. En effet, au décès de leur mère, deux sœurs, par l'intermédiaire de leurs maris respectifs, saisissent la justice afin de contester l'acte de donation signé le 17 avril 1766 par Angélique Hardouin, veuve Charlan, au profit de son fils. À cette fin, Paul Prevot et sa femme Agathe Charlan ainsi que Jean Louppré et son épouse Louise Charlan invoquent plusieurs motifs. Selon eux, leur mère et belle-mère, âgée alors de soixante-dix-huit

⁹⁷ *Joseph Lefebvre dit Beaulard, demandeur, c Elisabeth Guay veuve de Louis Lefebvre, défenderesse (17 septembre 1767), Greffe de Montréal, Registre des procédures et des jugements, 1765-1773*, Centre d'archives de Montréal de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TP5, S2). La décision semble conforme aux exigences posées par la coutume de Paris, notamment en ses articles 238, 280 et 281. L'article 280 précise en particulier les conditions pour que des conjoints puissent s'accorder une « donation mutuelle » qui bénéficie au « survivant d'iceux conjoints sa vie durant seulement » : TK Ramsay, *Notes sur la coutume de Paris*, Montréal, Imprimerie de la Minerve, 1863 aux pp 65-66.

⁹⁸ Par conséquent, la Cour des plaidoyers communs de Montréal ordonne que l'exécuteur testamentaire rende compte par devant des arbitres des biens relatifs à la succession. Voir *Veuve Grenhil tutrice c Joseph Lafond, Marie-Joseph Chevretils et Gabriel Chevretils (7 juillet 1770), Registre des procès-verbaux d'audience, Matières civiles supérieures, 1770-1779*, Centre d'archives de Montréal de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL275, S4).

⁹⁹ Ce constat, réalisé à partir du dépouillement des fonds judiciaires, permet de confirmer l'affirmation de Seaman M Scott, selon laquelle le droit français aurait été appliqué dans la majorité des causes (Scott, *supra* note 21 à la p 383). Voir aussi *ibid* aux pp 203-13, 382-88.

ans, était en état de démence lors de la signature de cet acte de donation, passé dix-sept jours seulement avant son décès. C'est la raison pour laquelle les demandeurs réclament que les biens laissés par cette dernière soient partagés en trois parts égales entre les parties. La Cour des plaidoyers communs se fonde, quant à elle, sur l'application de « l'article 277 de la coutume suivie en ce pays » et de « l'article 4 de l'ordonnance concernant les donations »¹⁰⁰. Or, la coutume de Paris pose, en son article 277, le principe selon lequel « [t]outes donations, encore qu'elles soient conçues entre-vifs, faites par personnes gisans au lit malades de la maladie dont ils décèdent, sont réputées faites à cause de mort et testamentaires, et non entre-vifs »¹⁰¹. La Cour établit alors que la donation contestée n'est, en définitive, « réputée faite qu'à cause de mort ». Par conséquent, la juridiction montréalaise annule ladite donation et « remet les parties au même et semblable état qu'elles ont dû être comme héritiers de ladite Angélique Hardouin leur mère et belle mère »¹⁰². Cette affaire démontre que la Cour des plaidoyers communs de Montréal s'est explicitement fondée sur la coutume de Paris pour rendre sa décision au cours de la période qui a suivi la création des cours civiles. Pourtant, le droit d'inspiration française n'était censé s'appliquer, à cette époque, qu'à l'égard des affaires nées antérieurement à 1764. Or, en l'espèce, l'acte de donation a été conclu deux ans après cette date.

Par ailleurs, dans une autre décision, rendue le 4 juillet 1770, la Cour des plaidoyers communs de Montréal s'est également fondée sur le fait qu'une disposition testamentaire contrevenait à la coutume de Paris pour débouter le demandeur de son action¹⁰³. Par conséquent, il est possible de

¹⁰⁰ *Paul Prevot et Agathe Charlan sa femme, Jean Louppré et Louise Charlan sa femme c J Bte Charlan* (24 février 1767), Centre d'archives de Montréal de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TP5, S2) [*Charlan*]. L'ordonnance sur les donations ne semble pas avoir été enregistrée par le Conseil supérieur de la Nouvelle-France : France, *Ordonnance*, février 1731, n° 415, reproduit dans Isambert, Decrusy et Taillandier, dir, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420, jusqu'à la Révolution de 1789*, t 21, Paris, Farnborough (R-U) ; Leprieur, Gregg Press, 1966, à la p 343.

¹⁰¹ Ramsay, *supra* note 97 à la p 64.

¹⁰² La Cour précise que, sur les biens de la succession de ladite Hardouin, doivent être prélevés non seulement les frais funéraires, mais aussi les soins et les médicaments, sur présentation des factures payées par le défendeur, et la pension alimentaire correspondante au temps durant lequel ladite Hardouin a logé chez son fils : *Charlan*, *supra* note 100.

¹⁰³ Dans cette affaire, maître Panet, pour le défendeur, s'était efforcé de prouver que la clause mentionnée dans la réplique du demandeur était, tout à la fois, « contraire aux lois, à la coutume et aux bonnes mœurs » en raison de l'aliénation perpétuelle qu'elle emporte. La Cour des plaidoyers communs reconnaît alors que l'acte en question désigne bien « un constitut dont la nature est d'aliéner le fond à perpétuité ». Par conséquent, elle admet que la clause déroge à la coutume et en conclut au rejet de la

donner raison au juge Lafontaine qui déclarait, au milieu du dix-neuvième siècle, que les tribunaux « adoptaient le plus souvent en matière personnelle, et presque toujours, si ce n'est même toujours, en matière réelle, les anciennes lois du pays, c'est-à-dire les lois françaises, comme règles de leurs décisions »¹⁰⁴.

Toutefois, il est nécessaire d'admettre qu'il est souvent difficile de déterminer le droit sur lequel se fonde la Cour en raison du caractère succinct des jugements. Principalement contenues dans les registres des Cours, ces décisions se contentent de résumer sommairement les faits et d'exposer le résultat de l'audience. Par ailleurs, sur bien des points abordés par la juridiction, la proximité des solutions, issues de la coutume de Paris et des principes de droit anglais, ne permet pas de tirer une conclusion suffisamment claire quant à l'origine de la norme appliquée. Ainsi, dans une affaire portée à la connaissance de la Cour des plaidoyers communs de Québec en 1774, l'avocat Berthelot Dartigny soutient que le testament établi en faveur du chirurgien Pichon est, tout à la fois, admis dans « le pais de droit écrit »¹⁰⁵ et « conforme aux loix d'Angleterre »¹⁰⁶. Dans une autre affaire, il établit encore, de manière simpliste, que « toutes les loix et coutumes et notamment celles d'Angleterre et de France tirent leur origine du droit romain »¹⁰⁷. En toute hypothèse, certaines dispositions d'origine française ou issues du droit anglais se trouveraient parfois en parfaite conformité¹⁰⁸.

demande. *Emery Jarry c F Duême* (4 juillet 1770), Centre d'archives de Montréal de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL275, S4).

¹⁰⁴ *Wilcox, supra* note 65 aux pp 50-51. Le juge mentionne ici les tribunaux de la période s'étendant de 1764 à 1774, sans préciser qu'il s'agit des Cours des Plaidoyers communs. Toutefois, il est évident que l'activité juridictionnelle était dominée par ces dernières dans la province.

¹⁰⁵ En effet, il est toujours libre « à un testateur sans enfans de nommer pour son héritier universel et général qui bon luy semble » : *Réponse de Jean Baptiste Pichon défendeur à l'écrit de réplique de Joseph Guion fils de Claude Guion et consorts demandeurs par requête d'intervention dans l'action formée par ledit Jean Baptiste Pichon contre Joseph Decarreau défendeur*, Québec, le 10 décembre 1774, Centre d'archives de Québec de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, S2, 1980-09-008/10, pièce 1547).

¹⁰⁶ L'avocat en conclut que « [c]est donc suivant les loix du pais de droit écrit, conformes à celles d'Angleterre pour les testamens, que la cause doit estre jugée » : *ibid.*

¹⁰⁷ *Répliques que donne devant les honorables juges de la Cour des plaidoyers communs du District de Québec : Dame Charlotte Aubert épouse de Monsieur Dalbergaty versa défenderesse, a vu sérit de réponses de Monsieur Guillaume Grant écuyer, demandeur*, 2 juin 1772, Centre d'archives de Québec de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL5, S1, SS1, 1980-09-008/3, pièce 710) [Aubert].

¹⁰⁸ Cette observation a notamment été formulée par Grey et Yorke (*supra* note 80 à la p 226) : « [à] l'égard de toute action personnelle intentée pour dettes, promesses, contrats

Il nous a toutefois été possible d'examiner un grand nombre de dossiers judiciaires. Or, la consultation des plaidoiries des avocats laisse, quant à elle, apparaître avec certitude que les parties en procès invoquent bien souvent l'application du droit d'origine française durant la période intermédiaire.

3. La nature du droit invoqué par les avocats

Devant les Cours des plaidoyers communs, les parties n'hésitent pas à invoquer l'application de règles issues de l'ancien droit français. Un intéressant procès, qui a fait l'objet d'une longue procédure devant la Cour des plaidoyers communs de Québec en 1770, a opposé l'écuyer Jean Lees à Charlotte Aubert, dont l'époux, M. d'Albergaty, se trouve absent de la province. L'avocat de cette dernière, maître Berthelot Dartigny, n'hésite pas à recourir à plusieurs dispositions de l'ancien droit français afin de tenter de convaincre la Cour que la femme, considérée comme une mineure, ne peut pas être tenue responsable des dettes de son mari. À cette fin, après avoir soutenu que la demande était « trop contre le droit, les loix et les coutumes », il invoque l'application de l'ordonnance royale de 1667¹⁰⁹. Il cite également le *Dictionnaire de droit et pratique* de Ferrière¹¹⁰ et le *Recueil de jurisprudence* de Guy du Rousseaud de Lacombe¹¹¹, et

et conventions, en matière commerciale ou autre et pour des torts propres à être compensés par des dommages-intérêts». En effet, dans ces cas, il conviendrait de « ne pas perdre de vue que les principes essentiels de la loi et de la justice sont partout les mêmes ». Carleton (*Carleton 1767, supra* note 90 à la p 262) soutient également que, si les lois et coutumes de France et d'Angleterre sont profondément différentes, elles sont cependant, toutes deux, « basées sur le droit naturel et l'équité ».

¹⁰⁹ En effet, maître Berthelot Dartigny soutient que l'article 8 du titre 34 de l'ordonnance de 1667 (il mentionne par erreur l'année 1664 au lieu de 1667) précise que les femmes ne peuvent être contraintes par corps si elles ne sont marchandes publiques. *Deffenses à la demande de Monsieur Jean Lees écuyer, et réponse à la signification faite par Monsieur le Député Provost Maréchal, que donne devant la Cour des plaidoyers communs de Québec, Dame Charlotte Aubert épouse de Monsieur d'Albergaty absent*, Centre d'archives de Québec de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TP5, S1, SS1, 1980-09-008/2, pièce 568) aux pp 5-6 [Lees]. Il se rapporte ici à la fameuse *Ordonnance civile touchant la réformation de la justice* (avril 1667 dans Isambert, Decrusy et Taillandier, *supra* note 100, t 28, n° 503, 105).

¹¹⁰ Claude-Joseph de Ferrière *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique : avec les juridictions de France*, Clark (NJ), The Law Book Exchange, 2008, t 1 aux pp 213 (« Billet à ordre »), 698 (« Femme séparée ») ; t 2 à la p 215 (« Marchands et négociants »). Lees, *supra* note 109. L'ouvrage de Ferrière a été publié pour la première fois en 1740.

¹¹¹ Me Guy du Rousseaud de la Combe, *Recueil de jurisprudence canonique et bénéficiale, par ordre alphabétique : avec les pragmatiques, concordats, bulles & indults des papes, ordonnances, Edits & Declarations de nos Rois ; Arrêts & Règlements intervenus sur*

s'appuie même sur la Bible pour tenter de démontrer que la puissance maritale est de droit naturel et divin¹¹². Enfin, il se fonde aussi sur la coutume de Paris pour établir que « [l']obligation de la femme mariée sans autorisation est nulle et sans effet en toutes les coutumes »¹¹³. Il en conclut alors que la puissance maritale constitue « un droit et une autorité que le mary acquiert sur la femme et sur ses biens du jour de la célébration du mariage, suivant le droit écrit »¹¹⁴. Il précise alors que, dans cette perspective, le mari obtient donc « l'administration des biens dotaux de sa femme suivant la coutume de Paris toujours suivie dans ce pays jusqu'à ce jour »¹¹⁵. Par conséquent, Berthelot Dartigny considère que la coutume de Paris a toujours force de loi en 1770.

Dans beaucoup d'autres procès, qui ont eu lieu entre 1764 et 1774 et dont l'action n'était pas née à une date antérieure, il est également possible d'observer que plusieurs parties invoquent cette application de la coutume de Paris. Ainsi, dans une affaire ayant opposé François Joseph Cugnet à Jacques Perrault, en 1768, le défendeur ne conteste pas l'invocation de la coutume de Paris, faite par le demandeur, mais simplement son applicabilité en l'espèce¹¹⁶.

cette Matière dans les differens Tribunaux du Royaume, jusqu'à présent, Paris, Delalain, 1755, sub verbo « femme séparée ». *Lees, supra* note 109.

¹¹² Il cite la Génèse, mais aussi des épîtres de Saint Paul aux Éphésiens et aux Corinthiens : *Gen* 3, 16 (« Il dit à la femme : J'augmenterai la souffrance de tes grossesses, tu enfanteras avec douleur, et tes désirs se porteront vers ton mari, mais il dominera sur toi ») ; *Ephes* 5, 23 (« le mari est le chef de la femme, comme Christ est le chef de l'Église ») et *1 Cor* 11, 3 (« Je veux cependant que vous sachiez que Christ est le chef de tout homme, que l'homme est le chef de la femme, et que Dieu est le chef de Christ »). *Lees, supra* note 109.

¹¹³ L'avocat mentionne les articles 223 et 224 de la coutume de Paris. Il aurait également pu indiquer l'article 234, qui établit qu'« [u]ne femme mariée ne se peut obliger sans le consentement de son mari, si elle n'est séparée par effet, ou marchande publique » : Ramsay, *supra* note 97 à la p 48.

¹¹⁴ *Lees, supra* note 109 à la p 5.

¹¹⁵ *Ibid* à la p 5. L'écuyer William Grant, en son nom et en celui de Kenneth McCulloch réclame le paiement d'un billet daté du 30 octobre 1767 et par lequel la défenderesse s'est engagée à payer dans les deux mois. Sur cette affaire, voir : *Aubert, supra* note 107.

¹¹⁶ Au cours de ce procès, le demandeur a invoqué l'application de l'article 105 de la coutume de Paris, qui dispose qu'en matière de compensation, celle-ci « a lieu d'une dette claire et liquide, à une autre pareillement claire et liquide, et non autrement » : Ramsay, *supra* note 97 à la p 11. Le défendeur réplique, de manière peu convaincante, que « la qualité prise par le demandeur dans le bail » n'étant « ni claire ni liquide », il n'y a donc pas lieu d'appliquer cet article : *Répliques que fait pardevant les honorables juges de la Cour des plaidoyers communs Jacques Perrault défendeur aux réponses de M François Joseph Cugnet demandeur* (le 4 février 1768), Centre d'archives de Québec de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TP5, S1, SS1, 1980-09-008/2, pièce 488).

Peu de temps avant l'adoption de l'*Acte de Québec*, l'avocat Panet paraît établir une typologie des lois invocables en fonction de la condition des parties en litige. Il semble privilégier un système juridique privilégiant une certaine personnalité des lois, avec un droit de nature personnelle. En effet, le 1^{er} février 1774, il conteste le verdict rendu quatre jours plus tôt par un jury chargé de déterminer la qualité de débiteur de l'acheteur d'une certaine quantité d'eau de vie¹¹⁷. Au nom du défendeur, il relève que la Cour des plaidoyers communs de Québec doit dire le droit « soit suivant les lois d'Angleterre, soit suivant les Coutumes de Canada » et dispose par ailleurs du « pouvoir de décider par équité »¹¹⁸. L'avocat précise alors qu'en l'espèce, puisque les deux parties sont natives du Canada, « réclamer d'autres coutumes que celles de leur pays natal, seroit odieux à l'univers »¹¹⁹. Ainsi, la Cour des plaidoyers communs, qui selon lui « partage les successions canadiennes et juge toujours les natifs suivant leurs coutumes »¹²⁰, ne peut appliquer, ici, une autre loi. Par conséquent, l'audition du fils de la veuve Dorion, qui a été entendu sous serment en qualité de témoin pour sa mère, malgré l'opposition du défendeur, serait directement en contradiction avec « la nature et la coutume des parties »¹²¹. En effet, Panet souligne que le droit d'origine française restreint la possibilité d'accepter des témoignages de parents. Il n'est donc pas possible pour des parents d'être témoins, dans les affaires civiles, en faveur de leurs père, mère, frères et autres proches jusqu'au quatrième degré. Par conséquent, quand bien même la loi anglaise permettrait éventuellement à un fils de déposer pour sa mère, cette règle ne doit pas s'appliquer en l'espèce. Autrement, une telle application reviendrait indirectement à accorder au plaideur le choix des lois¹²².

¹¹⁷ Les douze jurés appelés à se prononcer sont Jacques Perrault, Pierre Marcoux, Liberal Dumas, Pierre Marchand, Pierre Dufault, Jean-Baptiste Dumont, Michel Fortier, Ignace Delpenne, Denis L'Arché, Louis Bornuis, Jacques Geunault et Charles Revirin. Ils ont déterminé que l'eau de vie resterait pour le compte de Monsieur Le Comte Dupré et exonèrent par conséquent la veuve Dorion, demandeuse, de tout paiement : (28 janvier 1774), Centre d'archives de Québec de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, (TL15, Piece 1410).

¹¹⁸ *Humbles représentations que fait à l'honorable Cour des Plaidoyers communs du district de Québec, Monsieur Jean Baptiste Le Comte Dupré négociant défendeur contre la Dame Veuve Dorion demanderesse* (1^{er} février 1774), Centre d'archives de Québec de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, 1980-09-088/8, pièce 1410).

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*

¹²² Au surplus, l'avocat précise que cette introduction de lois, laissée à la seule volonté des parties et selon leurs propres intérêts, reviendrait à bouleverser l'ordonnement juridique traditionnel. Ainsi, accepter cette particularité du droit anglais en l'espèce pourrait avoir des conséquences considérables puisque l'avocat rappelle que les enfants,

Il est incontestable que les parties doivent être régies par une loi commune. En l'espèce, comme la composition du jury, entièrement formé de francophones, le laisse suggérer, les deux parties sont d'origine canadienne. Par conséquent, elles sont a priori susceptibles de se soumettre volontairement à l'application de règles d'origine française, dans la mesure bien sûr où celles-ci seraient encore invocables à cette époque dans la province. Pourtant, une difficulté supplémentaire survient lorsque l'une, au moins, des parties au procès est d'origine anglaise. Quelle règle convient-il alors d'appliquer ?

4. Le droit applicable aux parties d'origine britannique

Dans le contexte troublé de la période transitoire 1764-1774, on serait porté à penser que l'application de la coutume de Paris est permise aux parties d'origine française afin de faciliter leur adhésion au nouveau régime. Il pourrait également exister des occasions d'appliquer un droit d'origine britannique, dans la mesure où ces règles ont été introduites en 1764. Ainsi, dans l'hypothèse où toutes les parties sont d'origine anglaise, il est possible d'envisager l'application d'un tel droit. Par ailleurs, il serait également tentant de considérer que la loi du lieu du domicile du défendeur, ou plutôt la loi liée à l'origine française ou britannique du défendeur, pourrait prévaloir dans le cas où anglophones et francophones seraient parties à un même procès devant la Cour des plaidoyers communs. Qu'observe-t-on sur ce point dans les documents judiciaires de cette période ?

L'examen attentif d'un procès qui s'est déroulé devant la Cour des plaidoyers communs de Québec nous permettra de mieux éclairer cette zone d'ombre. En effet, une affaire a opposé Andrew Cameron, demandeur, à Berthelot Dartigny défendeur et avocat de profession. Non seulement le nom du demandeur est à consonance anglophone, mais son écrit rédigé dans la langue de Shakespeare semble confirmer son origine britannique. Or, il peut paraître paradoxal de constater que ce plaignant invoque, à l'appui de sa demande, la coutume de Paris, dont il réclame l'application de l'article 105 relatif à la compensation des dettes¹²³ tandis

en Angleterre, sont considérés autrement qu'au Canada. Par exemple, « la succession de leur père est autrement partagée que celle d'un canadien ». À cet égard, Panet fait observer que la demanderesse « doit à son fils les droits de son père ; qu'en 1769 elle acheta de l'eau de vie avec ses enfants ; enfin qu'il peut y avoir des sociétés entr'eux outre celle de la filiation » : *ibid.*

¹²³ « *The plaintiff humbly insists that the law is clearly ascertained and established in this point by the 105th article of the Custom of Paris upon compensation* : "Compensation a lieu d'une dette claire et liquide à une autre pareillement claire et liquide, et non autrement" » : *Andrew Cameron Pltff, and Berthelot d'Artigny Deff: The Replication of*

qu'il cite également la doctrine d'origine française¹²⁴. De manière similaire, en 1771, un avocat d'origine anglaise¹²⁵ réclame l'application de « la coutume de la prévôté et vicomté de Paris, suivie en cette province depuis l'année 1663, en vertu de l'édit du Roy, qui établit le Conseil supérieur, en date du mois d'avril de ladite année »¹²⁶.

Toutefois, dans ces deux cas, le défendeur était vraisemblablement d'origine française. Par conséquent, il est possible d'envisager que la partie plaignante, d'origine britannique, ait été contrainte de recourir à l'usage d'un droit d'origine française en raison de la nécessité d'appliquer les règles de droit liées à la nationalité d'origine du défendeur. Par conséquent, qu'en est-il lorsque la partie anglophone est dans la position du défendeur ?

L'examen des dossiers judiciaires a clairement permis d'établir que, même dans les affaires où le défendeur est d'origine anglaise, le droit français tend là encore à s'appliquer. Ainsi, en 1772, dans une affaire de droit seigneurial, le demandeur invoque à l'encontre des sieurs Randle, Meredith, Woder et consorts l'application de l'article 73 de la coutume de Paris pour justifier l'exercice d'un droit de suite¹²⁷. Le jugement, rédigé en

the Plaintiff, Centre d'archives de Québec de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, (TL15, S2, 1980-09-008/14, pièce 1914).

¹²⁴ *Ibid.* Il invoque l'autorité de Jean-Baptiste Denisart (*Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, 9^e éd, Paris, Veuve Desaint, 1777 à la p 560) : « La compensation est une libération ou un acquittement réciproque entre deux personnes qui se trouvent créancières et débitrices l'une de l'autre, laquelle tient lieu de deux payemens, et en évite le circuit ».

¹²⁵ *Collins et Terras v Franks* (28 mai 1771), Centre d'archives de Québec de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, 1980-09-008/4, pièce 954). En effet, le document, bien que rédigé en français, est signé par « *Williams attorney for the plt* ». Il est à présumer qu'outre l'avocat, l'une des deux parties plaignantes est d'origine britannique.

¹²⁶ *Ibid.* Dans le même sens, l'avocat Panet soutient que « le Canada a été établi et a suivi les mêmes loix de l'ancienne France, notamment par un édit de 1663 enregistré au Conseil du Canada, par lequel édit ce pais a été établi pour suivre les mêmes loix et coutumes de Paris » : *Entre Jean Charles Chevalier, demandeur, et Zacharie Macaulay, défendeur : Répliques aux défenses* (17 juin 1778), Centre d'archives de Québec de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, (TL15, S2, 1980-09-008/11, pièce 1740) [*Chevalier*].

¹²⁷ Il cite cet article de la coutume de Paris (en lui donnant par erreur le numéro 173) comme établissant que « le seigneur censier peut poursuivre le nouvel acquéreur pour exhiber ses titres et payer les ventes, saisines et amendes » : *Mémoire précis qu'à l'honneur de présenter pardevant les honorables juges de la Cour des plaidoyers communs du district de Québec, Jean Baptiste Desbergères ecuyer sieur de Rigauville, seigneur de Berthier, au soutien de l'action par lui intentée en demande de lots et ventes, contre Messieurs Randle, Meredith, Woder et consorts, pour raison de l'acquisition qu'ils ont faite du sieur Henry Boone, d'une terre située dans la seigneurie de Berthier*, Centre

anglais eu égard à l'origine britannique des défendeurs, applique effectivement le droit d'origine française¹²⁸. Toutefois, une telle application du droit français ne saurait surprendre. En effet, il est nécessaire, notamment en matière de droit de propriété, de s'accorder sur l'application d'un seul droit¹²⁹. Or, dans la mesure où le droit français est particulièrement prégnant en la matière, c'est ce dernier qui tend alors tout naturellement à s'appliquer. Si cette généralisation concerne les rapports entre parties francophone et anglophone, le droit français en matière de propriété devrait également tendre à s'imposer même dans les conflits où toutes les parties sont d'origine anglaise¹³⁰.

Il est bien évident qu'après l'*Acte de Québec*, cette application générale de la coutume de Paris à toutes les parties, quelques soient leurs origines, s'impose définitivement et avec force. Par exemple, en 1777, dans un procès opposant la veuve et les enfants Perrault à Adam Lymburner, ce dernier conteste l'application de la coutume de Paris. Le différend porte sur le paiement d'un loyer dû par John Lymburner, frère du défendeur, à Jacques Perrault, mari et père des demandeurs. Les deux principaux protagonistes de cette affaire étant décédés, leurs ayant-droits se retrouvent devant la Cour des plaidoyers communs de Québec afin de faire valoir leurs intérêts respectifs. Le défendeur, qui doit prochainement retourner en Angleterre, estime alors qu'il n'est pas responsable des dettes de son frère selon le droit anglais¹³¹. Par ailleurs, il prétend

d'archives de Québec de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, pièce 1347).

¹²⁸ *Jean Baptiste Desbergers de Rigauville esq pltf vs Randle Meredith merchant, défendant, Jugement*, 19 octobre 1772, Centre d'archives de Québec de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, 1980-09-008/8, pièce 1347).

¹²⁹ Il serait également possible, comme le fait l'avocat général James Marriott, de distinguer un droit commun en matière de droit immobilier et un droit personnel pour les biens meubles. Ainsi, l'acquisition des terres se réaliserait en vertu de la loi française progressivement considérée comme « le droit coutumier anglais et local de la province », quelques soient le statut et l'origine des parties. Toutefois, l'avocat général préconise implicitement l'application de la loi anglaise, pour tous les habitants, en matière de loi relative aux meubles, puisqu'il souhaite que cette dernière soit uniforme afin d'éviter la confusion et qu'il rejette l'idée d'appliquer, en l'espèce, la loi française aux colons anglais : *Marriott, supra* note 96 aux pp 461-63.

¹³⁰ Sur ce point, le procureur général et le solliciteur britanniques observent que « [l]es sujets britanniques qui achètent des terres dans cette colonie peuvent et doivent se conformer aux règles locales suivies à l'égard de la propriété au Canada » : Grey et Yorke, *supra* note 80 à la p 227.

¹³¹ Il soutient que « *he will be found ultimately not to be responsible for, he being only executor to his brother under an English will, and not bound for his debts beyond the assets in his hands, none of which he now has* » : *Between The Widow and Heirs Perrault plaintiffs and Adam Lymburner deflt, To the Honourable the Judges of the said Court, The Pe-*

également que la maison louée, sise à Saint-Augustin, relève de l'autorité du gouvernement de Terre-Neuve. Par conséquent, les droits des parties devraient être déterminés par les lois de ce gouvernement, devenu britannique à la suite du traité d'Utrecht de 1713¹³². Pourtant, la Cour des plaidoyers communs de Québec rejette ces prétentions et établit qu'Adam Lymburner, « étant héritier de son frère et s'étant mis en possession de ses biens tant meubles qu'immeubles, dont il étoit de son vivant possesseur en cette province, il est certainement tenu, profitant de sa succession d'en acquitter les dettes »¹³³. Or, cet acquittement doit avoir lieu « suivant les anciennes loix, coutumes et usages de ce païs », l'article 332 de la coutume de Paris trouvant donc naturellement à s'appliquer¹³⁴. La Cour en profite alors pour souligner que cet ancien droit français a toujours été en vigueur dans cette province et n'a fait qu'être réaffirmé par l'*Acte de Québec*. Celui-ci annule, à compter du 1^{er} mai 1775, la Proclamation royale du 7 octobre 1763 et établit également « qu'à l'égard de toute contestation relative à la propriété et aux droits civils, l'on aura recours aux lois du Canada, comme règle pour décider à leur sujet »¹³⁵. L'*Acte de Québec* semble même consacrer l'application continue de ce droit en accordant un effet rétroactif aux anciennes lois, permettant ainsi de juger toutes les affaires de propriété selon la même norme que leur origine soit antérieure ou postérieure à 1774. L'*Acte de Québec* désigne, sans ambiguïté, le droit d'origine française comme le droit commun applicable à l'ensemble de la province et de ses habitants.

II. L'entrée en vigueur de l'*Acte de Québec* (1^{er} mai 1775)

À la suite du rapport, présenté en 1769 par Guy Carleton et William Hey¹³⁶, et de plusieurs pétitions, signées par les sujets d'origine

tition of the said defendant (15 octobre 1777), Centre d'archives de Québec de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, (TL15, S2, 1980-09-008/13, pièce 1865).

¹³² « *But as the pretended debt is stated to arise from an occupation under the authority of the Government of Newfoundland, the rights of the parties must be determined by the laws and regulations of that Government* » : *ibid.*

¹³³ *Dame Veuve et héritiers Perrault, demandeurs, contre Adam Lymburner, défendeur*, Centre d'archives de Québec de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, S2, 1980-09-008/13, pièce 1865).

¹³⁴ Cet article 332 précise que « [l]es héritiers d'un défunt en pareil degré [collatéral], tant en meubles qu'immeubles, sont tenus personnellement de payer et acquitter les dettes de la succession, chacun pour telle part et portion qu'ils sont héritiers d'icelui défunt, quand ils succèdent également » : Ramsay, *supra* note 97 à la p 88.

¹³⁵ *Acte de Québec de 1774* (R-U), 14 Geo III, c 83, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 552 à la p 555 [*Acte de Québec*].

¹³⁶ Dans leur rapport, Carleton et Hey soutiennent « qu'il est absolument nécessaire pour assurer la tranquillité future de la province, d'abroger entièrement l'ordonnance et de

française¹³⁷, et malgré les récriminations de commerçants anglais¹³⁸, l'*Acte de Québec*¹³⁹ entre en vigueur le 1^{er} mai 1775. Il rétablit alors officiellement et définitivement le droit civil français¹⁴⁰ dans la province¹⁴¹,

ramener la province dans la situation où elle se trouvait avant l'introduction de la nouvelle législation». Ainsi, ils préconisent « [q]ue les anciennes lois – celles qui provenaient de la coutume de Paris, ainsi que les édits du roi et les ordonnances du gouverneur et de l'intendant (sauf les lois criminelles et celles qui se rapportent au commerce) qui étaient en vigueur le 13 septembre 1759, soient réputées lois de la province et maintenues en vigueur dans toute l'étendue de ladite province ». *Rapport Judicature*, *supra* note 17 aux pp 70-71. Pour sa part, le juge en chef estime que le rétablissement des lois françaises devrait être limité aux droits immobilier, successoral et matrimonial, une opinion à laquelle se rallie le procureur général, Francis Masères (*ibid* aux pp 76-86).

¹³⁷ L'objet principal de ces pétitions consiste à réclamer la conservation de leurs anciennes lois, coutumes et privilèges : *Pétition des sujets français*, roduit dans Shortt et Daughy, *supra* note 1, 490 ; *Mémoire des pétitionnaires français ci-dessus*, décembre 1773, reproduit dans Short et Doughty, *supra* note 1, 493.

¹³⁸ Dans un mémoire très détaillé, ces derniers soutiennent que les ordonnances des 17 septembre et 6 novembre 1764 les ont convaincu que le droit anglais avait été introduit dans la province et que ce n'est qu'à cette condition qu'ils y ont entrepris leurs activités commerciales : *Mémoire des marchands de Londres engagés dans le commerce avec Québec*, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 495 aux pp 495-98. Voir aussi Londres, *Pétitions pour obtenir l'abrogation de l'Acte de Québec*, 1775, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 571 ; Londres, *Pétition des marchands pour obtenir l'abrogation de l'Acte de Québec*, 2 avril 1778, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 681 aux pp 681-83.

¹³⁹ *Acte de Québec*, *supra* note 135. Pour une analyse de ce dernier et de son application, voir *Memoranda et esquisses de projets de loi concernant l'Acte de Québec*, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 518 ; Neatby, *Administration*, *supra* note 23 ; Neatby, *Revolutionary*, *supra* note 36 aux pp 125-41 ; Neatby, *Protest*, *supra* note 58 aux pp 33-67 ; Kolish, *Nationalismes*, *supra* note 33 aux pp 45-75 ; David Milobar, « Quebec Reform, the British Constitution and the Atlantic Empire: 1774-1775 » dans Philip Lawson, dir, *Parliament and the Atlantic Empire*, Edinbourg, Edinburgh University Press, 1995, 65 ; Murray Greenwood, « Lower Canada (Quebec): Transformation of Civil Law, from Higher Morality to Autonomous Will, 1774-1866 » dans DeLloyd J Guth et W Wesley Pue, dir, *Canada's Legal Inheritances*, Winnipeg, Canadian Legal History Project, 2001, 132 ; Jean-Pierre Wallot, Claude Bariteau et Brian Young, *L'Acte de Québec*, coll Cahiers du PÉQ, n° 21, Montréal, Programme d'études sur le Québec de l'Université McGill, 2001.

¹⁴⁰ L'*Acte de Québec* (*supra* note 135 à la p 555) précise que, désormais, « à l'égard de toutes contestation relative à la propriété et aux droits civils, l'on aura recours aux lois du Canada, comme règle pour décider à leur sujet ».

¹⁴¹ Hilda Neatby (*Revolutionary*, *supra* note 36 à la p 135) observe que « *as no statement was made about what law had existed since 1764, this threatened to confound the confusion already existing* ». Concernant le droit pénal, voir Morel, « Criminel », *supra* note 57 ; Neatby, *Administration*, *supra* note 23 aux pp 298-319 ; Jean-Marie Fecteau et Douglas Hay, « 'Government by Will and Pleasure Instead of Law': Military Justice and the Legal System in Quebec, 1775-83 », dans F Murray Greenwood et Barry Wright, dir, *Canadian State Trials: Law, Politics, and Security Measures, 1608-1837*, Toronto, University of Toronto Press, 1996, 129.

même si certains aménagements y sont apportés par la suite, notamment en 1777 par l'introduction¹⁴², en matière commerciale, du droit anglais relatif à la preuve¹⁴³. Ainsi, si l'*Acte de Québec* entraîne une application générale du droit français, en matière de droit privé, il convient toutefois de constater le maintien de certaines revendications favorables à une reconnaissance partielle du droit anglais.

A. *Le principe de l'application du droit français*

Si l'*Acte de Québec* permet désormais une application des normes d'origine française en droit civil, le cas des causes nées antérieurement à la promulgation de cette ordonnance est susceptible de poser problème.

1. L'application du droit français aux causes postérieures à l'entrée en vigueur de l'*Acte de Québec*

Après l'introduction de l'*Acte de Québec* dans la province, il convient d'observer que tant les parties que les tribunaux invoquent fréquemment la coutume de Paris pour légitimer leurs prétentions ou fonder leurs jugements. Ainsi, dans l'affaire ayant opposé la dame veuve Bouchaud et le chirurgien Elie Lapparre¹⁴⁴, l'un des points de droit soulevés concerne le délai de prescription d'une action en justice au regard de la coutume de

¹⁴² La plupart des auteurs emploient le terme de « réintroduction », mais dans la mesure où ce droit ne semble pas avoir fait l'objet d'une véritable application antérieure, il nous apparaît donc plus logique de parler plutôt d'une « introduction nouvelle » de ce droit. La seule réserve à cette affirmation réside dans la procédure antérieurement suivie par la Cour du Banc du Roi, mais en l'absence des archives de cette dernière et de son rôle restreint par rapport à celui de la Cour des plaidoyers communs, il apparaît donc que le droit anglais n'avait eu qu'une place résiduelle dans l'ordonnancement juridique du droit privé.

¹⁴³ Voir notamment *Ordonnance pour régler la procédure dans les cours de juridiction civile de la province de Québec*, 25 février 1777, art 7, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 671 à la p 673 [*Ordonnance Réglementer*] : « Pour établir la preuve des faits, en matière commerciale, l'on aura recours dans toutes les cours de juridiction civile dans la province de Québec, aux règles régissant la preuve prescrite par les lois anglaises ». L'article 10 de l'*Ordonnance instituant les procès par jury*, 21 avril 1785, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1, 765 à la p 768, précise aussi que, « [d]ans la preuve de tous faits concernans les affaires de comerce, on aura recours dans toutes les cours de juridiction civile en cette Province, aux formes admises, quant aux témoignages dans les loix anglaises ».

¹⁴⁴ Cette affaire a donné lieu à des défenses, en date du 11 mars 1788, à un jugement du 19 mars 1788 et à des observations finales sur les preuves et les lois, signées de l'avocat Panet et datées du 13 juillet 1788. Voir *Entre La Dame veuve Bouchaud, commune en biens et tutrice, demanderesse, et Elie Lapparre, maître chirurgien à Québec, défendeur*, Centre d'archives de Québec de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, S2, 1980-09-008/11, pièce 1739).

Paris¹⁴⁵. Dans un autre procès, qui a déchiré la famille Champlain lors d'un partage de succession¹⁴⁶, la coutume de Paris est encore invoquée tandis que la défenderesse soutient que « le droit romain n'a point force de loi stricte en Canada »¹⁴⁷. Enfin, les dispositions de l'ordonnance civile de 1667, enregistrée par le Conseil souverain en juin 1679, sont très souvent invoquées après l'*Acte de Québec*. Ainsi, dans plusieurs affaires, l'avocat Panet n'hésite pas, à l'appui de ses prétentions, à en citer l'article 8 du titre 29¹⁴⁸, l'article 2 du titre 20¹⁴⁹ ou bien encore les articles 1 et 7¹⁵⁰.

Les prétentions en faveur de l'application d'autres normes issues du droit français sont également, bien souvent, soutenues après 1774. Par exemple, dans une affaire portée devant la Cour des plaidoyers communs en 1777, mais qui semble concerner des faits survenus durant la période 1764-1774, l'avocat Panet demande l'application de l'ordonnance du commerce, de mars 1673, en faveur du demandeur¹⁵¹. Ce dernier tente, en

¹⁴⁵ Ce sont les articles 125, 126 et 127 qui déterminent une prescription annuelle, en faveur des médecins, chirurgiens et apothicaires, et une prescription de six mois ou un an selon les professions commerciales : Ramsay, *supra* note 97 aux pp 20-21.

¹⁴⁶ Le différend porte principalement sur l'application du droit d'aînesse et la répartition consécutive des parts de l'héritage relatif à la seigneurie de Champlain. Cette affaire comporte notamment d'intéressantes défenses et une demande d'exécution contre les biens du demandeur, rédigées par Panet respectivement le 22 novembre 1780 et le 23 février 1782. Voir *En la Cour des plaidoyers communs entre Jean Baptiste Pezard Champlain, demandeur, et Marie Joseph Champlain, défenderesse*, Centre d'archives de Québec de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, S2, 1980-09-008/14, pièce 1921).

¹⁴⁷ *Ibid.* La réponse de la partie défenderesse a été rédigée par l'avocat Panet.

¹⁴⁸ À propos de la remise d'un compte de tutelle, voir *Entre le sieur Pierre Perrault émancipé par mariage et Dlle Joseph Perras son épouse majeure : ledit sieur Perrault assisté du sieur Charles Voyer son curateur, demandeurs, et le sieur Jacques Perras négociant, défendeur, Motion des demandeurs*, Québec, 4 octobre 1780, Centre d'archives de Québec de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, S2, 1980-09-008/16, pièce 1999).

¹⁴⁹ À propos d'une preuve testimoniale, voir *Messieurs Drummond et Jordan, demandeurs, et Monsieur Constant Freeman, défendeur*, Québec, 1^{er} août 1781, Centre d'archives de Québec de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL 15, S2, 1980-09-008/17, pièce 2089) [*Drummond*].

¹⁵⁰ À propos de l'interrogatoire des parties, voir *Monsieur Philippe Badelart, chirurgien au service de Sa Majesté, demandeur, et Dame Charlotte Aubert veuve du Marquis Dalbergaty, défenderesse, De l'interrogatoire sur faits et articles*, Québec, 12 janvier 1782, Centre d'archives de Québec de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, S2, 1980-09-008/20, pièce 2253).

¹⁵¹ *Répliques que fournit pardevant les honorables juges de la Cour des plaidoyers communs du district de Québec le sieur Pierre Dambourgès négociant demandeur à l'écrit de défenses de la veuve Gosselin défenderesse*, Québec, 30 avril 1777, Centre d'archives de Québec de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, S2, 1980-09-008/11, pièce 1693).

l'espèce, de récupérer le montant d'une créance due par le défunt mari de la défenderesse. Celle-ci rejette cette prétention et invoque son état de minorité. À l'encontre de cette affirmation, Panet invoque l'application de l'article 234 de la coutume de Paris¹⁵², l'ordonnance de 1673¹⁵³ et l'autorité du *Parfait négociant*¹⁵⁴.

Il arrive aussi que la jurisprudence française et les décisions du Roi de France soient invoquées pour soutenir les prétentions des parties. Par exemple, en 1783, Henry Caldwell, devenu seigneur de la Côte Lauzon, demande l'exécution d'un arrêt du Roi, datant de 1711¹⁵⁵, afin de récupérer à son profit certaines des terres situées sur sa concession¹⁵⁶.

Toutefois, des doutes auraient pu naître relativement à la nature du droit applicable, après *l'Acte de Québec*, en ce qui concerne des causes nées durant la période intermédiaire.

¹⁵² Cet article pose le principe selon lequel « [u]ne femme mariée ne se peut obliger sans le consentement de son mari, si elle n'est séparée par effet, ou marchande publique ; auquel cas étant marchande publique, elle s'oblige et son mari touchant le fait et dépendances de la dite marchandise publique » : Ramsay, *supra* note 97 à la p 48.

¹⁵³ L'article 6 du titre premier (*Des apprentis, négocians et marchands, tant en gros qu'en détail*) de *l'Ordonnance du commerce* de mars 1673 précise que « [t]ous négocians et marchands en gros et en détail, comme aussi les banquiers, seront réputés majeurs pour le fait de leur commerce et banque, sans qu'ils puissent être restitués sous prétexte de minorité » : *Ordonnance du commerce*, mars 1673, n° 728, reproduit dans Isambert, Decrusy et Taillandier, *supra* note 100 à la p 94 [*Ordonnance du Commerce*]. Panet avait déjà invoqué, devant la Cour des plaidoyers communs de Québec en 1772, l'application de cet article de *l'Ordonnance du commerce* de 1673 dans son mémoire rédigé en faveur de la veuve Saint-Ange à propos d'une cause née avant l'ordonnance du 17 septembre 1764. En effet, l'action de William Grant vise à contester le prix d'un bien acquis le 16 août 1764 : *William Grant*, *supra* note 77.

¹⁵⁴ Cet ouvrage de Jacques Savary, publié pour la première fois en 1675, a été réédité en 1679 et fut traduit en allemand, en hollandais, en anglais et en italien. Sur cet écrit, voir Henri Hauser, « Le parfait négociant de Jacques Savary » dans Henri Hauser, *Les débuts du capitalisme*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1931, 266. Jacques Savary a activement participé à la rédaction de l'ordonnance de 1673, qui a même été surnommée *Code Savary* par Pussort, l'oncle de Colbert.

¹⁵⁵ *Arrêt du Roi qui déchoit les habitants de la propriété des Terres qui leur auront été concédées, s'ils ne les mettent en valeur, en y tenant feu et lieu, dans un an et jour de la publication du dit Arrêt*, 6 juillet 1711, dans Sir Robert Shore Milnes, dir, *Édits, ordonnances royaux, déclarations et arrêts du conseil d'État du Roi, concernant le Canada*, v I, Québec, Imprimeur du Roi, 1803, p 323.

¹⁵⁶ Il revendique notamment la révocation de trois concessions de terres au profit de Joseph Baudoin, de Joseph Hallé et des héritiers Daniel : *Aux honorables juges de la Cour des plaidoyers communs de Québec*, Québec, 23 août 1783, Centre d'archives de Québec de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TP5, S1, SS1, 1980-09-008/1, pièce 443).

2. L'application du droit français dans les causes nées antérieurement à l'entrée en vigueur de l'*Acte de Québec*

L'examen de certains types de litiges doit permettre de répondre à l'incertitude entourant la question précise du droit applicable, après l'*Acte de Québec*, à des causes nées entre 1764 et 1774. En effet, plusieurs affaires ont été examinées par la Cour des plaidoyers communs de Québec, dans les années qui ont suivi l'*Acte* de 1774, visant à interpréter des baux préalablement conclus. Il s'agit, dans la plupart de ces différends, de décider si la vente d'un immeuble entraîne automatiquement la rupture du bail en cours.

Lors du conflit ayant opposé Jean Charles Chevalier à Zacharie Macaulay, l'avocat Panet, pour le demandeur, développe une longue argumentation. Celle-ci repose notamment sur des lois romaines¹⁵⁷, des recueils de doctrine juridique¹⁵⁸ et des décisions judiciaires¹⁵⁹. Concernant le fait que le bail ait été conclu avant l'*Acte de Québec*, Panet réplique que l'ordonnance de 1764, qui « a réglé la législature de ce país pour un tems », n'aurait jamais « positivement aboli ni abrogé les loix municipales, notamment celles des propriétés dont tous les droits avoient été conservés aux colons par la capitulation inviolable faite lors de la conquête du Canada »¹⁶⁰. Quant bien même il y aurait eu quelques doutes à ce sujet, l'avocat souligne que l'*Acte* de 1774 a définitivement tranché la question. Panet prend alors la peine de préciser que « [s]i le demandeur avoit réclamé son droit avant le 1^{er} mai 1775, le défendeur auroit eu plus de prétexte et de doute à proposer, mais la justice et l'équité lui auroient

¹⁵⁷ Il cite la *Loi Aede* et la *Loi Emptorem*. Cette *Loi Aede* permet au propriétaire, avant l'expiration du bail conclu avec son locataire, de reprendre possession des lieux loués afin de les occuper lui-même. Elle a été abrogée par l'*Acte pour abolir la Loi Aede*, SPC 1853, 16 Vict, c 104.

¹⁵⁸ Il mentionne le recueil de Rousseaud de la Combe, *supra* note 111.

¹⁵⁹ Il cite une sentence rendue par la prévôté de Québec entre François La Jus et Jean Durant le 18 mars 1750. Il invoque également une affaire qui a opposé, la semaine précédente, devant la Cour des plaidoyers communs de Québec, les sieurs Bois et McCord. Dans cette cause, le bail avait également été conclu avant l'*Acte de Québec* et maître Panet relève que la Cour a « équitablement condamné McCord à sortir le quinze de juin en recevant un dédommagement qui n'avoit pas été offert par le congé » : *Chevalier*, *supra* note 126. L'affaire *Mrs King et McCord, demandeurs, contre sieur James Blake, défendeur*, avait été portée jusqu'à la cour d'appel. Tandis qu'en première instance, la Cour des plaidoyers communs de Montréal avait fixé le délai du préavis, par lequel le propriétaire annonce au locataire son intention de pouvoir occuper la maison par lui-même, à trois mois, cette durée a été doublée par la cour d'appel, en un arrêt du 20 septembre 1778 : *Mrs King et McCord, demandeurs, contre sieur James Blake, défendeur*, 20 septembre 1778, Centre d'archives de Québec de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TP7, 1980-09-031/1, dossier 4).

¹⁶⁰ *Chevalier*, *supra* note 126.

donné le tort »¹⁶¹. Puisque, soutient-il, le propriétaire souhaite récupérer son bien afin de procéder à de nombreuses réparations¹⁶² et d'occuper lui-même la maison, le demandeur devrait être reconnu dans son droit¹⁶³. Dans une affaire similaire, qui a opposé Alexandre Simpson et John McAulay¹⁶⁴, Panet prend à nouveau la défense du propriétaire et invoque l'autorité de Domat¹⁶⁵. À l'inverse, Monroe, avocat de John McAulay, soutient qu'il n'existe aucune loi ou usage, actuellement en vigueur au Canada, autorisant l'acheteur d'une maison à expulser un locataire en possession d'un bail écrit avant l'expiration de son terme¹⁶⁶. Finalement, dans cette affaire, la Cour des plaidoyers communs de Québec condamne le défendeur à quitter les lieux dans les huit jours¹⁶⁷. La juridiction choisit donc, de manière logique, d'appliquer le droit d'origine française à des causes nées avant l'*Acte de Québec*¹⁶⁸.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² L'avocat précise que ladite maison « menace ruine en son mauvais état » (*ibid.*).

¹⁶³ De plus, Panet rappelle que le défendeur a préalablement été libre d'acquérir tandis qu'un congé lui a été signifié dans les règles. En effet, ce congé, « bon, valable, raisonnable par les délais et les indemnités qu'il contient », est tout à fait « autorisé par les loix et la propriété du demandeur » (*ibid.*).

¹⁶⁴ En l'espèce, les deux parties sont anglophones.

¹⁶⁵ Il cite les « Loix civiles », selon lesquelles la vente rompt le bail. Ainsi le changement de propriétaire d'une maison peut avoir pour conséquence que l'acheteur expulse le preneur, fermier ou locataire. Toutefois, le bailleur peut alors être tenu de lui verser des dommages et intérêts. *Alexandre Simpson, demandeur, contre John McAulay, défendeur, Répliques*, Québec, 28 avril 1779, Centre d'archives de Québec de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, S2, 1980-09-008/13, pièce 1862) (de son côté, John McAulay est défendu par les avocats Berthelot et Monroe).

¹⁶⁶ « *There is no law or usage now existing in Canada which can authorize the purchaser of a house to eject a tenant who is possessed of a written lease until the expiration of this term, unless it is otherwise agreed upon in such lease between the partys* » : *Alexander Simpson of the City of Quebec Tavernkeeper, plaintiff, and John McGawley of the same place, physician, defendant*, Québec, 27 avril 1779, Centre d'archives de Québec de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, S2, 1980-09-008/13, pièce 1862). Dans le cas où cette règle de droit serait cependant retenue, Monroe relève alors que le délai devrait être établi à six mois au lieu de trois.

¹⁶⁷ Arrêt de la Cour des plaidoyers communs du 6 mai 1779. Cet arrêt est notifié à McAulay le 11 mai 1779 par l'huissier Lafrance. Un reçu, du 3 juillet 1779, témoigne qu'à cette date des ouvriers ont nettoyé la maison et la cave. Par ailleurs, l'affaire est introduite devant la Cour d'appel le 26 juin 1779. *Ibid.*

¹⁶⁸ Toutefois, Neathy (*Administration, supra* note 23 à la p 118) observe que la pratique de la Cour des plaidoyers communs de Québec a été extrêmement variable quant à la possibilité d'accorder au propriétaire une reprise de son logement, entraînant une éventuelle rupture de bail. Il ne serait donc pas possible de généraliser certaines décisions de justice et d'émettre des conclusions prématurées à ce sujet.

B. La persistance partielle de l'invocation du droit anglais

L'existence de différences irréductibles entre les droits français et anglais, notamment en matière de preuve, entraîne certaines revendications favorables à l'application limitée de ce dernier.

1. La question de la validité des témoignages¹⁶⁹

Dans une intéressante affaire portée à la connaissance de la Cour des plaidoyers communs de Montréal, plusieurs normes conflictuelles ont ainsi été invoquées. Dans ce litige, qui oppose en 1788 Richard Dobie à Maurice Blondeau, la cause doit être renvoyée devant des jurés¹⁷⁰. Davidson, avocat du demandeur, réclame que soit entendu un témoin afin de prouver qu'une acceptation verbale de la lettre de change contestée a bien eu lieu. Walker, pour le défendeur, s'oppose à cette audition sur le fondement de l'article 2 du titre 5 de l'ordonnance de 1673. À l'inverse, Davidson soutient qu'il s'agit ici d'une « matière de preuve » et que, par conséquent, le témoin doit être admis, conformément à l'article 10 de l'ordonnance de 1785. Ce qui est particulièrement intéressant dans cette affaire, c'est que les opinions des deux juges sont rapportées. Ainsi, Edouard Southouse estime que le témoignage doit être admis, afin de prouver l'acceptation verbale de la lettre de change, tandis que Heurtel de Rouville considère que l'ordonnance de 1673, qui exclut l'audition de témoins, doit s'appliquer. Finalement, après débats, l'avocat Walker consent, dans le but d'« accélérer la décision de cette cause », à ce que le témoin sollicité soit convoqué. En définitive, plusieurs témoins sont finalement entendus dans cette affaire¹⁷¹, pour laquelle les jurés ont rendu un verdict unanime en faveur du défendeur.

Dans un litige ayant opposé Robert Lester, comme procureur de la veuve Fargues, et François Anderson, ce dernier soutient, pour sa

¹⁶⁹ Sur les différences entre les normes d'origine française et anglaise en matière de droit civil, voir Scott, *supra* note 21 aux pp 24-36 ; Neatby, *Revolutionary*, *supra* note 36 aux pp 46-50.

¹⁷⁰ *Richard Dobie c Maurice Blondeau*, 27 mars 1788, Centre d'archives de Montréal de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL16, S4) [*Dobie*]. La composition mixte du jury (George Haufil, Etienne Fournier, Isaac Todd, Jean-Baptiste Ademard, Robert Fruckshauk, Nicolas Berthelet, Simon McTavish, Jean-Baptiste Durocher, James Turner l'ainé, Louis Laville, Laurent Ermatinger et Etienne Dumeynier) accrédite l'idée d'une mise en présence de parties francophone et anglophone.

¹⁷¹ Hugh Ross, Jean Gregory, Paul Godin, Alexandre Henry, Pierre Boutheiller, Jean-Baptiste Durocher et Jean-Baptiste Adhemar, pour le demandeur, et Nicolas Marchesaux et Edouard William Gray pour le défendeur. Il est à supposer, ici, que le dénommé Jean-Baptiste est un homonyme de celui appelé comme juré car, à défaut, il pourrait difficilement être juge et partie. Voir *ibid.*

défense, qu'il a bien payé comptant le rhum acheté au défunt Fargues. Cette version est contestée par l'avocat de l'appelante qui affirme que les livres de compte du défunt, qui exerçait la profession de cabaretier, doivent faire foi et que le défendeur est donc débiteur de cette succession. Par conséquent, ce dernier ne peut invoquer aucune prescription à son bénéfice¹⁷² tandis que la certitude de son paiement ne pourrait être prouvée que par le recours à des témoins étrangers¹⁷³. Berthelot Dartigny, avocat de la demanderesse, établit alors, comme un principe général, que « les affaires de commerce en cette province doivent être jugées suivant les loix d'Angleterre et non suivant la coutume de Paris »¹⁷⁴. Maître Panet, pour le défendeur, soutient pour sa part, que les livres de comptes ne constituent qu'une présomption simple et non irréfragable¹⁷⁵. Il considère alors que Pierre Fargues ne peut être considéré comme un marchand¹⁷⁶ et

¹⁷² Berthelot Dartigny soutient que le défendeur, dans l'exercice de sa profession de cabaretier, doit être considéré comme un marchand, puisqu'il revend la marchandise achetée. À l'appui de son argumentation, l'avocat cite l'article « Marchands et négociants » du *Dictionnaire de droit et pratique* (Ferrière, *supra* note 110 à la p 215) et relève que la fin de non recevoir dans un délai de six mois ou d'un an, invoquée par le défendeur, n'a point lieu de marchand à marchand : *Mr Robert Lester procureur de Madame veuve du sieur Pierre Fargues, demandeur, contre le sieur François Anderson, défendeur, Répliques aux deffenses du 13 juin courant*, Québec, 20 juin 1781, Centre d'archives de Québec de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, S2, 1980-09-008/18, pièce 2135).

¹⁷³ Berthelot Dartigny demande à la Cour des plaidoyers communs de ne pas accepter le serment du défendeur à l'appui de ses dires. En effet, un tel serment contreviendrait trop fortement au recouvrement des créances des marchands décédés. L'avocat du demandeur ne remet d'ailleurs pas en cause l'éventuelle bonne foi du défendeur, qui peut « croire avoir payé, et ne l'avoir point fait », mais souligne les dangers de l'admission d'un tel serment. En effet, il serait désormais à craindre que chaque débiteur puisse prétendre « avoir droit de payer par son serment ». *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ En effet, il établit « qu'aucune loi ne statut que les seuls livres de feu Monsieur Fargues sans témoin fassent loi et preuve certaine ; ils ne servent que de faible présomption » : *Mr Robert Lester procureur de Madame veuve du sieur Pierre Fargues, demandeur, contre le sieur François Anderson, défendeur, Réponses du défendeur aux répliques du demandeur*, Québec, 11 juillet 1781, Centre d'archives de Québec de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, S2, 1980-09-008/18, pièce 2135) [*Lester Réponses*].

¹⁷⁶ Ainsi, Panet estime que l'autorité de Ferrière sur cette question (« Marchands et négociants », *supra* note 110 à la p 215 ; *Nouvelle introduction à la pratique*, 1745 aux pp 211-12) a été invoquée mal à propos par Berthelot Dartigny. Si dans leurs rapports de marchands à marchands, les individus sont obligés de tenir des livres de comptes, il n'en est pas de même en l'espèce. En effet, Panet souligne que « jamais un cabaretier n'a été mis au rang des marchands ». Ainsi, bien loin d'être contraints de tenir des livres, les cabaretiers en sont exemptés. Il leur serait même interdit d'en tenir puisque l'article 128 de la Coutume de Paris stipule qu'ils « n'ont aucune action pour vin et autres choses par eux vendues en détail en leurs maisons » [*Lester Réponses, supra* note 175]. Toutefois, la jurisprudence des Cours des plaidoyers communs, notamment de

invoque en ce sens l'application de la coutume de Paris¹⁷⁷. Panet s'oppose fermement aux prétentions du demandeur, selon lesquelles les créances des marchands décédés doivent être plus particulièrement protégées¹⁷⁸. L'avocat du défendeur considère, au contraire, que « les biens et la liberté des citoyens et des particuliers » seraient dorénavant mis en péril si de tels livres de comptes étaient automatiquement pris en considération par les tribunaux pour donner raison à leurs détenteurs¹⁷⁹.

Panet examine alors attentivement les conditions d'application des droits français et anglais¹⁸⁰. Si l'*Acte de Québec* rétablit « les loix, us et coutumes anciennes de ce païs », il reconnaît que l'ordonnance du 25 février 1777 pose le principe selon lequel les faits relatifs aux affaires commerciales doivent être établis conformément aux lois d'Angleterre¹⁸¹. Toutefois, l'avocat du défendeur considère qu'en l'espèce il ne s'agit pas de considérer les principes des règles de la preuve mais la seule question de la prescription. Or, celle-ci constitue « un point de droit ou de loi et non un point de fait » et doit donc être décidée en application des seules lois françaises¹⁸². C'est la raison pour laquelle Panet invoque les articles 126

Montréal, n'a pas toujours été conforme à cette règle. Sur ce point, voir Neatby, *Administration*, *supra* note 23 à la p 118.

¹⁷⁷ Il conteste la portée de l'arrêt du 12 juillet 1672, cité par le demandeur, et établit qu'en tout état de cause « cet arrêt unique ne pourroit pas détruire la coutume qui est une loi arrêtée par les états de la France, qui a établi cette colonie » : *Lester Réponses*, *supra* note 175.

¹⁷⁸ Dans cette perspective, celles-ci deviendraient toutefois incertaines si les débiteurs étaient autorisés à prétendre, sous serment, les avoir déjà payées. En effet, en application de ce principe de droit français, le débiteur poursuivi après la prescription du délai doit prêter un serment décisoire visant à conforter l'allégation selon laquelle il a préalablement réglé sa dette. Voir *ibid.*

¹⁷⁹ Il serait désormais à redouter que « de simples livres d'un marchand décédé montrant de vieux comptes que ses grandes occupations et sa longue maladie l'ont empêché d'expliquer » soient en mesure d'avoir « la force et l'autorité de faire payer deux fois toutes les ventes qu'il paroît avoir faites ». Dans cette hypothèse, l'avocat s'exclame alors : « Qu'en ce cas, les veuves des marchands deviendroient riches ! et que les particuliers deviendroient pauvres ! Chacun voudroit être marchand » (*ibid.*).

¹⁸⁰ Il observe que le demandeur tente d'expliquer les lois françaises en sa faveur tout en les rejetant pour adopter un droit anglais, dont il ne cite aucune disposition. Voir *ibid.*

¹⁸¹ Panet mentionne l'*Acte de Québec* (*supra* note 135) et l'*Ordonnance Réglementer* (*supra* note 143 aux pp 671-78, art 7).

¹⁸² À l'appui de cette argumentation, il soutient que le serment du défendeur ne peut, en définitive, être admis qu'à la suite de l'examen de ce point de droit relatif à la prescription. Par conséquent, « le serment décisoire dépend de la loi ». Il s'agit donc d'un « point de loi ou de prescription à décider selon les loix actuelles, sans égard à ce que la Cour législative jugera à propos de statuer pour l'avenir ». *Lester Réponses*, *supra* note 175.

et 127 de la coutume de Paris pour appuyer ses prétentions¹⁸³. Cette question de savoir si le délai de prescription relève davantage des règles de la preuve ou du droit substantiel a fait l'objet d'une vaste controverse¹⁸⁴. Une jurisprudence nourrie s'en est également suivie¹⁸⁵ avant que l'arrêt *Morrogh c. Munn* ne vienne, en 1811, faire prévaloir les règles de preuve anglaises en la matière¹⁸⁶.

Ce droit de la preuve est par ailleurs fortement encadré. En effet, la preuve par témoins est limitée en matière civile et de propriété¹⁸⁷ tandis

¹⁸³ À l'appui de sa défense, l'avocat rappelle les faits selon lesquels le défendeur, avant d'aller en Angleterre, a acheté du rhum auprès de Pierre Fargues. Le paiement a été réalisé comptant, puis à la demande d'une personne qui voulait savoir s'il était encore en possession de « plusieurs petites pièces d'or », le défendeur a répondu qu'il les avait données à Pierre Fargues pour financer son achat. Au moment de son départ, François Anderson a encore précisé à des témoins, en signant sa procuration à son épouse, qu'il quittait Québec sans aucune dette. Enfin, maître Panet soutient que « les livres de feu Mr Fargues ne sont pas exacts ». En effet, « ils n'étoient intelligibles qu'à la mémoire de Mr Fargues » et il s'avère que « le demandeur ne les entend pas bien, parce que le Journal qui paroît débiter le défendeur et plusieurs autres du même jour 4. 8^{bre}. 1779 porte au bas ces mots : *Rum acts sales settled to this day* c'est-à-dire les comptes de vente de rum réglés ou fini à ce jour ». Par conséquent, les prétentions du demandeur se fonderaient sur une mauvaise interprétation de ces livres de comptes. Ainsi, le défendeur est faussement débité à la date erronée du 2 octobre 1779, tandis que divers comptes de feu Pierre Fargues ont été malencontreusement opposés à la succession Duflos et à l'encontre des sieurs Provots, Beaugi, Tanerede et de plusieurs autres personnes qui ont, depuis ce temps, justifié des quittances de leur paiement effectué auprès de Pierre Fargues. *Ibid.*

¹⁸⁴ La jurisprudence de la Cour des plaidoyers communs de Québec est particulièrement fluctuante sur ce point. Hilda Neatby parle même à ce propos de décisions « versatiles » (*Administration, supra* note 23 aux pp 117-18).

¹⁸⁵ L'historique de cette évolution est rapporté par Michel Morin, « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866 » dans H Patrick Glenn, dir, *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1993, 1 aux pp 14-15, n 86 [Morin, « Perception »].

¹⁸⁶ La Cour du Banc du Roi, dans cet arrêt du 19 avril 1811, relève que le délai de prescription d'un an constitue une règle de preuve. Or, en matière commerciale, comme c'est le cas en l'espèce, l'autorité britannique a introduit le droit anglais dans certaines questions relatives aux modes de preuve. Par conséquent, la Cour allonge le délai de prescription à six ans : *Morrogh v Munn* (1811), Stu KB, Québec, Neilson & Cowan, 1834 aux pp 44-46. Toutefois, l'affirmation de ce principe ne signifie pas pour autant que toutes les prescriptions, en matière commerciale, soient désormais régies par les règles anglaises de la preuve. Sur ce point, voir Morin, « Perception », *supra* note 185 à la p 15.

¹⁸⁷ En 1778, le défendeur a souhaité invoquer devant la Cour des plaidoyers communs de Québec l'application de la preuve par témoins afin de faire constater que les deux parties en présence pouvaient aisément se loger dans la même maison, objet du différend. L'avocat du demandeur rappelle alors que la preuve testimoniale, en matière civile et de propriété, n'est pas admissible au-delà d'une certaine somme. S'appuyant sur la *Loi Emptorem* et l'ordonnance du Conseil législatif de 1777, il souligne alors que

que le nombre nécessaire de témoins, en matière commerciale, est déterminé par la nature de la procédure suivie¹⁸⁸.

2. D'autres cas d'invocation du droit d'origine anglaise après l'entrée en vigueur de l'*Acte de Québec*

Dans plusieurs autres affaires, la question de l'inapplicabilité du droit issu de la coutume de Paris durant la période intermédiaire, de 1764 à 1774, est également soulevée. Ainsi, en 1781, dans une cause relative à la validité d'une clause d'un contrat de mariage conclu dix ans plus tôt,

la preuve par témoins est essentiellement applicable en matière commerciale. Voir *Chevalier*, *supra* note 126.

¹⁸⁸ Maître Panet, pour les défendeurs, expose que le demandeur doit nécessairement prouver l'existence de sa créance par le recours à plusieurs témoins capables. L'avocat opère alors une distinction, en vertu des lois d'Angleterre, entre les procès *per testis* devant les juges et ceux qui ont lieu devant un corps de jurés. Dans le premier cas, la preuve des faits doit être rapportée par au moins deux témoins tandis que, dans le second, un seul témoin, « s'il est de crédit », peut être en mesure de rapporter la « preuve d'un simple fait » : *Entre Mr William Lindsay de Québec négociant comme procureur de Mr James Bonbenous négociant de Bristol, demandeur, et Messieurs Daniell et Dalton négociants de Québec, défendeurs, Exceptions aux moyens de nullité de l'ordre daté du 26 de ce mois août contre le sieur Johne Dormer comme témoin pour apporter les livres de ses constituans et reproches pour les défendeurs contre ce témoin*, Québec, 28 août 1784, Centre d'archives de Québec de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, S2, 1980-09-008/30, pièce 2782). Cette position est conforme avec celle défendue par Blackstone (*supra* note 78 aux pp 370-71), qui soutient qu'un témoignage crédible constitue une preuve suffisante devant un jury : « *One witness (if credible) is sufficient evidence to a jury of any single fact; though undoubtedly the concurrence of two or more corroborates the proof* ». Plusieurs exemples d'application peuvent être trouvés dans les fonds de la Cour des plaidoyers communs. Ainsi, en 1770, un seul témoin s'est présenté devant les jurés : « Mr La Croix après serment fait a dit qu'il reconnoissoit le compte produit et que c'était lui-même qui avait délivré les articles y contenus ». Voir *Jacques Corlier c Thimoley Monbrun*, Montréal, 8 mars 1770, Centre d'archives de Montréal de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TP5, S2). De même, dans une autre affaire, où il s'agissait de déterminer le degré de recevabilité du témoignage du dénommé John Jones, il est précisé qu'un seul témoin peut être entendu devant un corps de jurés. La crédibilité du témoignage de ce dernier est alors déterminée par le jury réuni et en mesure de décider et d'établir, souverainement, l'ensemble des faits en question : *Drummond*, *supra* note 149. Un témoin peut également réclamer et obtenir une indemnisation pour le temps passé à témoigner. Ainsi, Pierre Rolland a réclamé une indemnité « pour le temps que les deffendeurs lui ont fait perdre dans leur procès ». Il s'agissait d'un procès où Louis Delaunay et sa femme étaient opposés à Françoise Danis, demanderesse, et où Pierre Rolland était intervenu en qualité de témoin. Voir *Pierre Rolland c Louis Delaunay et sa femme*, Montréal, 30 novembre 1770, Centre d'archives de Montréal de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL275, S3).

l'avocat Berthelot Dartigny soutient qu'à cette date seules les lois anglaises étaient alors applicables¹⁸⁹.

Une autre affaire oppose, en 1781, deux marchands anglais. Panet, pour le défendeur, tente de repousser l'application de la loi anglaise¹⁹⁰ tandis que Monroe, pour les demandeurs, soutient que l'*Acte de Québec* ne doit s'appliquer qu'aux sujets canadiens. Par conséquent, puisque ni les demandeurs ni le défendeur ne sont canadiens, il s'ensuivrait qu'étant marchands britanniques, seule la loi anglaise devrait s'appliquer dans leurs rapports de commerce¹⁹¹. Dans une autre affaire, Monroe continue de soutenir qu'un sujet britannique doit pouvoir être en mesure de passer son testament selon les lois anglaises¹⁹² et cet acte doit alors pouvoir être exécuté conformément à la législation anglaise¹⁹³.

Une intéressante affaire relative au statut de la femme marchande oppose, en 1786 devant la Cour des plaidoyers communs de Québec, Pierre Bouthiller à Philippe Louis Badelard et son épouse Charlotte Guillimin. Ces derniers, représentés par Panet, invoquent l'application de

¹⁸⁹ Pour la demanderesse, Berthelot Dartigny expose le contenu du contrat de mariage passé le 21 juin 1771 devant maître Panet, notaire de Québec, et soutient, à plusieurs reprises, que les lois d'Angleterre étaient en vigueur dans cette province depuis 1764. Voir *Marguerite Suzanne Roy veuve de Jacques Amelot, demanderesse, contre Michel Lepine dit Lalime et Marie Louise Amelot son épouse, défendeurs, Répliques*, 15 juin 1781, 4 juillet 1781 et 27 novembre 1781, Centre d'archives de Québec de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, S2, 1980-09-008/20, pièce 2246).

¹⁹⁰ Il reconnaît qu'une loi du 25 février 1777 a réintroduit le droit anglais en matière de preuve. Toutefois, il considère que cette disposition ne s'appliquerait qu'aux faits concernant le commerce et non aux modes de preuve d'une convention, qui doivent être rapportés dans un acte écrit. Voir *Drummond*, *supra* note 149.

¹⁹¹ *Mess Drummond and Jordan of Quebec Merchants, Pliffs, vs Constant Freeman of the same place Merchant, defendt*, Québec, 3 août 1781, Centre d'archives de Québec de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, S2, 1980-09-008/17, pièce 2089).

¹⁹² L'*Acte de Québec* (*supra* note 135 à la p 556) précise qu'un testament peut être « fait conformément aux lois du Canada ou conformément aux formes requises par les lois d'Angleterre ». Sur ce point, voir Claude Champagne, *La pratique testamentaire à Montréal, 1777-1825*, coll Cahiers de Thémis, no 1, Montréal, Revue Juridique Thémis, 1972; André Morel, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, LGDJ, 1960.

¹⁹³ *John Collins, esquire tutor to Elizabeth Paterson, and Agnes Wallace, plaintiffs vs Ralph Gray & Hugh Ritchie, executors of the last will and testament of William Paterson deceased, defendants*, Québec, 8 février 1780, Centre d'archives de Québec de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, S2, 1980-09-008/14, pièce 1922). Quelques années plus tard, dans une affaire opposant des marchands anglais, les demandeurs soutiennent à nouveau qu'aucune des parties n'est canadienne. Par conséquent, sujets de Sa Majesté, ces marchands anglais ne devraient pas être soumis à l'*Acte de Québec*, réservé en définitive aux seuls sujets canadiens afin de leur conserver leurs usages, lois et coutumes. Voir *Drummond*, *supra* note 149.

plusieurs articles de la coutume de Paris pour souligner que la « femme mariée ne se peut obliger sans le consentement de son mari »¹⁹⁴. Par conséquent, les intimés contestent la validité d'un billet antérieurement émis par Charlotte Guillimin. Pourtant, dans sa *Réplique*, l'avocat Berthelot Dartigny, pour le demandeur, refuse, en l'espèce, toute application de ladite coutume de Paris. En effet, il soutient que ce billet, émis avant l'*Acte de Québec*, ne peut être régi par cette norme, inopérante depuis 1764 pour des sujets anglais ou relativement au « commerce aux Anglois »¹⁹⁵. Il rappelle que l'ordonnance pour régler et établir les Cours de justice, publiée le 17 septembre 1764, porte que les juges décideront selon l'équité, eu égard aux lois d'Angleterre, et que la coutume n'aura donc plus de force en cette province. Ce texte est resté en vigueur jusqu'en 1775. Or, c'est précisément durant cet intervalle que Madame Badelard, demeurant à Lorette, a consenti le billet, daté du 20 août 1772, et l'a donné « en paiement des droits paternels échus à la Dame Antill sa fille, comme une valeur réelle par le grand crédit qu'elle avoit dans le commerce »¹⁹⁶. Ce billet aurait été établi dans le but principal de « ne point sortir de son commerce une somme qui lui paroissoit considérable dans ce moment »¹⁹⁷. Ainsi, ce billet à ordre, payable après un an sans intérêt, a permis dans le même temps à Madame Badelard de faire produire « de gros profits » à la somme d'argent correspondante¹⁹⁸. Or, l'avocat rappelle que Monsieur Antill, le gendre de Madame Badelard, « n'est point natif de cette province, il est natif d'Angleterre ». Ainsi, il ne serait pas possible de lui appliquer « les loix et coutumes françoises » que l'ordonnance de 1764 réserve aux causes nées antérieurement à cette date et entre les seuls natifs de la province¹⁹⁹. Par conséquent, l'avocat souligne que les dispositions de la coutume de Paris sont inapplicables en l'espèce et que

¹⁹⁴ Art 234 de la Coutume de Paris : Ramsay, *supra* note 97 à la p 48. L'article 233, également invoqué par les défendeurs, précise que le mari est maître des actions mobilières et possessoires de sa femme. Ainsi, une femme mariée ne peut par exemple ester sans autorisation de justice ou de son mari. Voir *Entre Mr Louis Bouthiller, demandeur, contre Mr Philippe Louis Badelart et Dame Charlotte Guillimin son épouse, défendeurs, Défenses*, Québec, 17 juin 1786, Centre d'archives de Québec de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, pièce 761).

¹⁹⁵ *Entre Mr Bouthiller, demandeur, contre Mr Philippe Louis Badelart et Dame Charlotte Guillimin son épouse, défendeurs, Réplique*, Québec, 1^{er} juillet 1786, Centre d'archives de Québec de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TP5, S1, SS1, 1980-09-008/3, pièce 761).

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ Ironiquement, Berthelot Dartigny relève que « Mr Antill Anglois de nation quoique habile avocat, n'a jamais pu imaginer qu'on voulut le payer [...] avec deux articles de la coutume de Paris » : *ibid.*

Madame Badelard ne peut être considérée sous la puissance de mari. Par ailleurs, quand bien même la coutume de Paris eût été applicable, Berthelot Dartigny soutient que cette épouse doit être considérée comme une marchande publique. À cet égard, il relève qu'elle achète régulièrement des animaux qu'elle fait engraisser sur ses terres et réalise ainsi « un commerce très considérable des différentes denrées et productions des campagnes »²⁰⁰. Dans cette hypothèse, la femme « peut s'obliger » et le mari devient alors responsable des faits de cette dernière « pour raison du commerce dont elle se mêle »²⁰¹.

Épilogue : L'invocation d'un droit adapté aux intérêts des parties

L'affaire *Grant c. Aubert*, fondée sur des motifs similaires, a été l'occasion de constater que l'invocation du droit d'origine française ou britannique par les parties a surtout été prétexte pour conforter des revendications déterminées. Par conséquent, une partie serait tentée de demander l'application d'un droit plutôt que d'un autre en fonction de la seule capacité de ce dernier à assurer au mieux la défense de sa cause en litige. Dans cette cause opposant l'écuyer Guillaume Grant²⁰² à Charlotte Aubert, l'avocat de cette dernière, Berthelot Dartigny, conteste la volonté du demandeur de faire juger l'affaire en vertu des lois anglaises. Il rappelle, par exemple, que le demandeur n'a pourtant pas hésité à recourir à l'usage d'un droit d'origine française dans d'autres affaires antérieures. Par conséquent, l'avocat souligne que seuls ses intérêts du moment guideraient le choix du demandeur en faveur de tel ou tel système de lois. Berthelot Dartigny réexamine alors l'ordonnance de 1764 et constate que celle-ci pose le principe d'un jugement selon l'équité. Ainsi, « la sagesse du gouvernement n'a point prononcé qu'on n'y jugeroit pas aussi suivant les us et coutumes du pais » et les registres de la Cour laissent apparaître que tous les jugements ultérieurs n'ont été rendus que « conformément aux loix françoises »²⁰³. Toutefois, après un examen des dispositions relatives au statut de la femme mariée, l'avocat constate la parfaite conformité des dispositions du droit français et du droit anglais. En effet, il établit qu'en l'espèce « une femme sous puissance de mari ne

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ Berthelot Dartigny cite improprement l'article 226 de la Coutume de Paris. En réalité, c'est l'article 236 qui établit que « la femme marchande publique se peut obliger sans son mari, touchant le fait et dépendance de la dite marchandise » : Ramsay, *supra* note 97 aux pp 48-49.

²⁰² William Grant est fréquemment désigné par la transcription française de son prénom. Ainsi, les nombreuses pièces de procédure mentionnent plutôt le patronyme de Guillaume, exemple parfait de métonomase.

²⁰³ *Aubert, supra* note 107.

peut pas plus s'obliger suivant les us et coutumes d'Angleterre, qu'elle ne le peut suivant ceux du païs »²⁰⁴.

Il convient de reconnaître ici la justesse des propos de Berthelot Dartigny en ce qui concerne la tendance des parties à invoquer une règle de droit français ou anglais en fonction de leurs seuls intérêts ponctuels²⁰⁵. Ainsi, un homme d'origine britannique comme Guillaume Grant a pu invoquer l'application du droit anglais, mais également, dans une autre affaire, celle du droit français. En effet, dans un long litige qui l'a opposé à la famille Saint Ange²⁰⁶, Grant n'a pas hésité à demander l'application d'un droit d'origine française afin de favoriser la restitution pour lésion d'un ensemble immobilier²⁰⁷. Cet achat a été effectué un mois avant

²⁰⁴ *Ibid.* À l'appui de cette opinion, il souligne l'origine commune de ces législations. En effet, il relève que « toutes les loix et coutumes et notamment celles d'Angleterre et de France tirent leur origine du droit romain ». Par conséquent, le principe selon lequel la femme mariée ne peut s'obliger serait également reconnu par les deux systèmes de normes, fondant ainsi cette prétention tant en droit qu'en équité.

²⁰⁵ C'est également l'observation que fait Francis Masères, procureur général de la province de Québec : Masères, *Brouillon supra* note 1 à la p 325. L'avocat général James Marriott établit aussi un constat similaire : *Marriott, supra* note 96 à la p 458. Guy Carleton et William Hey déplorent également que « [d]es gens malhonnêtes » puissent tirer profit de l'incertitude, introduite par l'ordonnance du 17 septembre 1764, afin de suivre « celle des lois qui se prête le mieux, selon ses dispositions, à les favoriser ou à dissimuler leurs fraudes » : *Rapport Judicature, supra* note 17 à la p 68. Certains historiens ont repris ces constatations. Ainsi, Hilda Neatby relève que « [t]here were cases in the common pleas where Canadians pleaded English law even against French suitors and the English pleaded French law, leaving the judges, no doubt, full scope for the practice of "equity" » : Neatby, *Revolutionary, supra* note 36 à la p 53.

²⁰⁶ Après avoir débuté devant la Cour des plaidoyers communs de Montréal, l'affaire a finalement été renvoyée à celle de Québec au début de l'année 1772. En effet, dès le mardi 5 février 1771, devant la Cour des plaidoyers communs de Montréal, Pierre Panet, pour Charles Le Pailleur, chargé de procuration des défendeurs, demande la récusation de John Fraser, un des juges, en raison d'un lien de parenté avec le plaignant. Il réclame que l'affaire soit plaidée à Québec. Lors de la séance du 11 juin 1771, Mezière, pour l'appelant, consent que « l'action soit plaidée au fond ici ou à Québec ». Enfin, lors de la séance du 10 décembre 1771, Panet présente à la Cour un acte de consentement, signé par les parties à Québec le 21 octobre précédent, afin que l'examen de la cause soit renvoyé dans cette même ville. Par conséquent, la Cour de Montréal ordonne que le greffier transmette toutes les pièces à son confrère de Québec : *Mr Wm Grant c Charles Le Pailleur fondé de procuration de la dame Veuve et héritiers St Ange Charly*, 5 février 1771, 11 juin 1771 et 10 décembre 1771, Centre d'archives de Montréal de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL275, S4, 1994-08-001/20).

²⁰⁷ L'avocat Hen Kneller établit que « *the contract in question then is purely french, drawn in that language, executed in that form and wholly transacted under that law* ». Voir *William Grant, supra* note 77. À l'appui de cette affirmation en faveur de l'application du droit français, on peut trouver un très savant et long mémoire : *William Grant ecuyer contre le sieur Le Pailleur au nom et comme fondé de procuration de la Dame Veuve et héritiers St Ange Charly, Reflexions on the suit instituted by William Grant*

l'inauguration officielle du gouvernement civil, soit le 16 août 1764. Les vendeurs, qui étaient les époux Saint Ange, ont accepté que le paiement intervienne sous forme de quatre versements égaux et annuels, sans intérêt. Cependant, après deux versements, Grant demande un délai supplémentaire auprès de Madame Saint Ange, dont le mari est entre-temps décédé en novembre 1767. À la suite du refus de celle-ci, une longue procédure judiciaire est alors engagée. Pour obtenir une réduction des sommes à déboursier, Grant invoque plusieurs motifs dont son état de minorité au moment de la signature du contrat²⁰⁸ et le dol lors de la vente. Ces motifs sont contestés par la partie adverse, qui précise que le droit français prévoit que le marchand est réputé majeur du fait de son commerce, sans possibilité de restitution sous prétexte de sa minorité²⁰⁹. Par ailleurs, si les avocats de Grant considèrent que la nationalité de ce dernier ne fait pas obstacle à l'application d'un droit d'origine française²¹⁰, la partie adverse tente d'établir que sa démarche « est non seulement nulle suivant la loi française, mais encore suivant la loi anglaise ». En effet, Grant ne peut « comme ancien sujet déroger à l'ordonnance du 17 septembre 1764 pour se servir des loix françaises au soutien de sa cause » puisque cette disposition législative précise expressément que « les loix françaises ne doivent être suivies qu'entre les seuls natifs de la province »²¹¹. Ainsi, tandis que le demandeur réclame une *restitutio in integrum*, prévue par la loi civile de France, le défendeur invoque

against the widow and heirs of St Ange, Mémoire de François-Joseph Cugnet seigneur de St Etienne, secrétaire français du gouverneur et Conseil de Sa Majesté en cette province et Antoine Jean Saillant notaire et avocat, consultés par Monsieur William Grant seigneur de St Roch, Montréal, 4 août 1764, Centre d'archives de Québec de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, pièce 1254) [Grant v Gray].

²⁰⁸ À compter du 1^{er} janvier 1765, il est établi que désormais « toute personne arrivée à l'âge de vingt-et-un ans accomplis » sera considérée majeure, « conformément aux lois de la Grande-Bretagne » : dans *Ordonnance du 6 novembre*, *supra* note 16 à la p 200. Auparavant, l'âge de majorité était de vingt-cinq ans en Nouvelle-France. Toutefois, William Grant était âgé de vingt ans au moment des faits.

²⁰⁹ Un mémoire en faveur de la veuve et des héritiers Saint Ange commence par citer le contenu de l'ordonnance sur le commerce de 1673, qui en son article 6 du titre I^{er} précise que « [t]ous negocians et marchands en gros ou en détail comme aussi les banquiers seront réputés majeurs par le fait de leur commerce et banque, sans qu'ils puissent être restitués sous prétexte de minorité » : *Ordonnance du Commerce*, *supra* note 153 à la p 94. Il cite également plusieurs juristes, dont Ferrière, Couchot, Savary et Domat : *William Grant*, *supra* note 77 aux pp 18-20.

²¹⁰ « *The circumstance of Mr Grant's being a British subject and Mr St Ange a French one does in no degree militate with the nature of the contract itself* » : *ibid* à la p 3.

²¹¹ *Ibid* à la p 5. L'avocat général James Marriott voit dans ce procès la preuve d'un « mélange bizarre des lois anglaises et des lois françaises dans la province », signe certain de « la confusion qui résulte de l'incertitude à cet égard » et de la nécessité d'y mettre fin : *Marriott*, *supra* note 96 à la p 458.

l'application d'un principe d'équité (« *vigilantibus non dormientibus succurrit lex* »), reconnu par les règles anglaises. Après plusieurs années de procédure²¹², un corps de jurés, composé pour moitié de francophones et d'anglophones, est convoqué, le 16 janvier 1773, devant la Cour des plaidoyers communs de Québec²¹³ et rend son verdict le 4 février 1773²¹⁴. La Cour rend une décision finale le 6 juillet 1773, par laquelle elle accorde à Grant une réduction du prix d'achat de ces biens immobiliers²¹⁵. Par conséquent, la Cour établit clairement qu'une personne d'origine britannique peut parfaitement, durant la période intermédiaire du Régime militaire, s'appuyer sur des dispositions d'origine française pour favoriser sa cause. Le 26 septembre 1782, la Cour d'appel confirme cette décision²¹⁶. Se fondant sur l'estimation du jury, elle condamne la veuve et

²¹² Plusieurs séances de la Cour des plaidoyers ont été consacrées à cette affaire tant à Montréal (5 février, 8 juin et 11 juin 1771) qu'à Québec (27 et 28 octobre, 24 novembre et 15 décembre 1772).

²¹³ Les douze jurés sont Edward Harrison, John McCord, Malcom Fraser, Peter Fargues, Simon L'Ecuyer, John Aitkin, Jacques Perrault, Jacques Perras, Louis Fremont, Pierre Marchand, Jean-Baptiste Dufour et Ignace Debienne. Les jurés sont chargés de constater les points suivants : la valeur des biens vendus à William Grant le 16 août 1764 ; l'âge de ce dernier à cette date ; la conformité de la condition des biens à ce qui est prévu au contrat (en particulier l'île aux canards constitue-t-elle bien un fief, comme prévu au contrat, ou une simple roture ?) et, enfin, l'examen du dol. Ainsi, a-t-il été fait usage ou non, par le propriétaire à l'égard de Grant, « de quelques dols personnels, soit par inductions, circonventions, surprises, acceptions, impositions, tromperies, artifices, faussetés, feintises, précipitations ou misteres dans la vente qu'il lui a faite de ses biens » ? En d'autres termes, Grant a-t-il été induit « par mauvaises voyes quelconques qui soient contre la conscience, la bonne foy, contre les bonnes mœurs ou contre l'honneur de parties et qui n'ont de fondement que le dol et la surprise » ? Cours des plaidoyers communs, 19 janvier 1773, Centre d'archives de Québec de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, pièce 1254).

²¹⁴ Les jurés établissent une valeur des biens inférieure à celle prévue au contrat de vente. Ils reconnaissent que l'île aux canards a été vendue comme fief tandis qu'elle n'est qu'en rotture et que Grant était âgé de « 20 ans et environ deux mois » au moment de la vente, « suivant le témoignage du sieur Jean Grant ». Toutefois, les jurés constatent aussi que Grant, qui était alors « connu pour un jeune homme qui ne manquait pas de bon sens, et même qui avait de l'expérience dans les affaires », devait avoir des raisons d'y consentir. En effet, les jurés énoncent que Grant n'aurait vraisemblablement « jamais donné un pareil prix pour les biens de Mr St Ange s'il n'avait pas pensé en retirer des grands avantages, surtout par l'espérance qu'il paraît que Mr St Ange lui a donné qu'un moulin pouvoit être bâti sur l'isle Bourbon ce qui n'était pas praticable ». Cours des plaidoyers communs, 4 février 1773, Centre d'archives de Québec de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL15, pièce 1254).

²¹⁵ Le prix du bien avait été contractuellement fixé à 100 000 livres tournois, le jury l'a évalué à moins de 50 000 et la Cour le détermine définitivement à 80 000 livres tournois, en tenant compte des circonstances énoncées par les jurés. *Ibid.*

²¹⁶ Scott établit que la veuve Saint Ange a saisi la Cour du Banc du Roi. Toutefois, il n'a pas été possible à cet historien de retrouver une trace de cette saisine ni de celle d'une procédure auprès du Conseil Privé, bien qu'il en soupçonne l'existence : dans Scott,

les héritiers Saint-Ange à rembourser à Grant une somme de 12 490 livres qu'il aurait payée en trop. L'affaire est ensuite portée devant le Conseil privé à Londres. Dans le jugement rendu, lord Grantly renverse les deux décisions précédentes. Il soutient notamment que la Proclamation royale du 7 octobre 1763 a établi le droit anglais au Canada, sauf pour les causes où les deux parties sont d'origine française, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Le jugement précise :

[A]fter the Proclamation of the 7 octr. 1763 the English Law gave the Rule in Canada except only in the Case of French & French which this was not [...] the Principle was clear that upon the Conquest of a Country the old Law obtained till a New Code was given, & that done, the English Jurisprudence became the Law of Canada — with the Exception stated, which had no effect but in a Case (which this was not) the Case of two Canadians born under the Governmt. of France²¹⁷.

Pourtant, étrangement, cette solution dégagée dans l'affaire *Grant c. Saint-Ange* ne semble pas avoir été remise en cause après l'Acte de Québec, qui réintroduit officiellement le droit français dans la province. En effet, dans l'affaire *Gray v. Grant*²¹⁸, les juges ont dû, en 1786, se prononcer à nouveau sur la délicate détermination de la loi applicable, dans une contestation où tous les plaideurs sont d'origine anglaise et qui ne concerne donc aucun Canadien. En première instance, la Cour des plaidoyers communs a estimé qu'en vertu de l'Acte de Québec, toutes les contestations relatives à la propriété doivent désormais être jugées conformément aux règles françaises, sans exception²¹⁹. En appel, le

supra note 21 aux pp 210-12. Pour notre part, il a été possible de déterminer qu'un appel au Conseil du gouverneur a bien eu lieu, qui confirme le jugement de première instance : « List of Appeal Causes », *supra* note 45. Les différentes pièces de cet appel, qui s'est déroulé de 1780 à 1782 et durant lequel la famille Saint-Ange a été représentée par Panet, et Grant par Monk, sont disponibles dans les fonds de la cour d'appel. Voir *William Grant ecuyer c le sieur le Pailleur au nom et comme fondé de procuration de la Dame Veuve et héritiers St Ange Charly*, Centre d'archives de Québec de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TP7, 1980-09-031/2, dossier 10).

²¹⁷ Ce jugement du Conseil privé est rapporté par William Smith : *The Diary and Selected Papers of Chief Justice William Smith, 1784-1793*, Toronto, The Champlain Society, 1965 aux pp 98-99 (2 juin 1786). Voir aussi *ibid* à la p 85 (9 mai 1786). Michel Morin a retracé ce jugement dans les fonds du *Public Record Office*. Ainsi, il lui a été possible de relever la recommandation faite devant le Conseil privé (les jugements de la Cour des plaidoyers communs et de la Cour d'appel « *should be both reversed* », l'action étant alors rejetée (*At the Council Chamber Whitehall*, 2 juin 1786, dans *Public Record Office, PC Z/131, 61837*, fol 302, 304, 317-18) ainsi que la décision finale (*At the Court at St James's*, 16 juin 1786 dans *Public Record Office, PC Z/131, 61837*, fol 302, 304, 317-18).

²¹⁸ *Supra* note 207. Sur ce jugement et ses conséquences, voir Neatby, *Administration*, *supra* note 23 aux pp 223-31 ; Kolish, *Nationalismes*, *supra* note 33 aux pp 68-70.

²¹⁹ Dans l'affaire *Watson c McCarty*, la Cour des plaidoyers communs de Montréal s'était déjà appuyée explicitement sur l'article 179 de la Coutume pour établir qu'il n'existe

jugement interlocutoire a confirmé cette position tandis que le jugement final l'a renversée, démontrant ainsi la complexité de cette cause²²⁰. Dans une lettre adressée à Londres, le juge en chef William Smith, qui a présidé la Cour d'appel ayant rendu cette décision, présente les arguments qui l'ont conduit à appliquer, en l'espèce, le droit anglais et à renverser le jugement de la Cour des plaidoyers communs²²¹. L'affaire a été portée devant le Conseil privé du Roi, mais aucune suite ne semble finalement y avoir été donnée²²².

Une autre cause a été l'occasion de mettre en lumière les différences entre le droit français et anglais. En 1765, Simon Evans et Joseph Decouagne se marient sans avoir préalablement établi de contrat de mariage entre eux. Le 12 mai 1778, Madame Evans présente une requête en séparation contre son mari. Elle réclame notamment le partage des meubles et immeubles et demande le versement d'une pension alimentaire de cinquante livres jusqu'à ce qu'elle ait reçu la moitié des biens. Son mari acquiesce à ces exigences et reconnaît notamment avoir préalablement reçu une somme considérable de son beau-père. Le 27 mars 1779, un jugement prononce la séparation de corps. C'est dans ce contexte que, moins d'un an plus tard, le 3 février 1780, une décision de justice est rendue en faveur des créanciers d'Evans. Or, ces derniers se trouvent alors confrontés à une situation où le sieur Evans ne dispose plus de suffisamment de biens pour honorer ses dettes à l'égard de ses neuf créanciers. Ceux-ci saisissent alors la Cour d'appel et, dans sa requête du 2 décembre 1780, Panet, leur avocat, soutient que la séparation intervenue entre les époux Evans serait « simulée, volontaire et caduque ». En effet, elle serait essentiellement destinée, en définitive, à protéger les biens de ces époux à l'égard des poursuites intentées par leurs créanciers. L'avocat s'interroge alors : « quelles lois doivent régler les effets civils du mariage qu'il y avoit entre monsieur et madame

aucun droit de préférence sur les meubles, en cas de déconfiture, même lorsque les parties sont anglophones : *Brook Watson c William McCarty*, 30 janvier 1777, Centre d'archives de Montréal de BAnQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TL16 S4, *Matières civiles supérieures, Registres des procès-verbaux d'audiences, 14 janvier 1786 – 20 janvier 1789*, fol 158-161).

²²⁰ « List of Appeal Causes », *supra* note 45.

²²¹ Il rejette « l'adoption exclusive » des règles françaises ou anglaises et regarde l'application, par la Cour des plaidoyers communs, du droit français à des parties anglaises comme « aussi nouvelle que pernicieuse » : Québec, *Le juge en chef Smith à Nepean*, 2 janvier 1787, reproduit dans Shortt et Doughty, *supra* note 1 aux pp 827-30. Par conséquent, selon William Smith, lorsque toutes les parties sont anglaises, le droit anglais doit naturellement trouver à s'appliquer *Grant vs Gray*, *supra* note 207 aux pages 208-11.

²²² Après son introduction en 1790, la cause n'a pas été poursuivie, avant d'être abandonnée en novembre 1796 : *ibid* à la p xxv, n 2.

Evans ? Etoient-ce les loix d'Angleterre ? Etoient-ce celles du Canada ? »²²³. En réalité, ce procès met aux prises le droit civil avec le droit commercial, les intérêts de la famille et ceux des créanciers. Or se profile aussi le conflit entre le droit français, qui notamment après l'*Acte de Québec* doit continuer de régir les questions de propriété et de famille, et le droit anglais, dont le poids est croissant en matière commerciale²²⁴.

De même, dans un autre litige qui a opposé une partie francophone à des anglophones, la solution dégagée après l'*Acte de Québec* n'est pas forcément conforme aux attentes. Cette affaire concerne la question de la légitimité du paiement d'intérêts, non exigibles en droit français, mais opposables en droit anglais. Devant la Cour des plaidoyers communs de Montréal, l'avocat Meziere, pour le défendeur d'origine française, rappelle que « les intérêts sur de l'argent stérile par sa nature ont été de tous tems prohibés » au Canada²²⁵. Toutefois, qu'en est-il lorsque l'une des parties est originaire de Londres, où l'intérêt de l'argent est autorisé ? La partie canadienne peut-elle alors se prévaloir de la loi d'origine française pour se soustraire à certaines obligations commerciales ? Meziere, défendant François Cazeau, souligne qu'il est nécessaire de faire respecter « les loix de l'égalité » et que « dans le commerce tout doit être uniforme »²²⁶. Ainsi, il ne serait pas juste qu'un commerçant ne soit pas tenu de payer intérêt à un autre marchand canadien tandis qu'il devrait en payer à l'égard du commerçant anglais. Les demandeurs d'origine britannique répliquent que le défendeur ne cherche qu'à « sapper les loix du Royaume et du commerce d'Angleterre pour accomoder la loy française à ses intérêts »²²⁷. En leur nom, l'avocat Panet soutient que le défendeur canadien doit

²²³ *Joseph Decouagne veuve de Simon Evans c les créanciers de feu son mari, excepté Thomas Dunn écuyer, Réponse aux griefs d'appel*, Québec, 2 décembre 1780, Centre d'archives de Québec de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TP7, 1980-09-031/1, dossier 1 (1777)). M Thomas Dunn écuyer, membre du Conseil législatif, prend également part à l'action intentée à titre de créancier, au moyen d'une procédure distincte. Il est alors défendu, lui aussi, par Panet qui affirme que le jugement de séparation « ne peut subsister ayant été rendu entre mari et femme au préjudice des véritables créanciers et étant absolument nul » (*ibid.*).

²²⁴ Dans sa plaidoirie du 18 décembre 1780, Cugnet soutient alors que « les effets civils de son mariage ne peuvent dépendre des loix et coutumes françaises » : *Joseph Decouagne veuve de Simon Evans c les créanciers de feu son mari, excepté Thomas Dunn écuyer, Plaidoirie de Cugnet*, Québec, 18 décembre 1780, Centre d'archives de Québec de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TP7, 1980-09-031/1, dossier 1 (1777)).

²²⁵ *Brook Watson et Robert Rashleigh (négociants de Londres) contre François Cazeau (négociant de Montréal)*, Centre d'archives de Québec de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TP7, 1980-09-031/1, dossier 5)

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ *Ibid.*

nécessairement « suivre la loi de celui avec lequel il a contracté »²²⁸. Le 23 octobre 1777, la Cour des plaidoyers communs de Montréal renvoie les parties à un arbitrage afin de déterminer, « si eu égard aux règles de commerce », le paiement des intérêts est dû ou non. Par une requête en date du 30 avril 1778, Panet conteste cet arbitrage, auquel les demandeurs n'ont pas consenti et rappelle que les juges sont « constitués pour prononcer par eux-mêmes sur leurs contestations »²²⁹. Par une lettre en date du 4 janvier 1779, Panet soutient que Cazeau a mis à l'abri ses biens avant la saisie opérée par le shériff. Par la suite, la procédure est encore longue puisque, le 12 juin 1779, Marguerite Vallée, épouse de François Cazeau, fait encore appel au Conseil privé du Roi pour contester la décision de la Cour d'appel du 7 juin 1779. L'avocat Berthelot Dartigny rédige cet appel le 3 juillet 1779. Toutefois, il semble que, dès le 8 avril 1780, il ait à nouveau été ordonné à Cazeau de payer les intérêts dûs aux commerçants anglais²³⁰.

Par conséquent, on observe que, dans toutes ces affaires, les parties invoquent évidemment les règles qui leur sont, avant tout, les plus favorables²³¹. Ainsi, leurs avocats n'hésitent pas à se fonder sur des règles qui proviennent d'un système juridique « étranger » pour eux, dans la mesure où ils ignoraient tout de celui-ci avant la Conquête ou leur arrivée au Québec. Cette invocation d'un droit en fonction des seuls intérêts des parties conduit alors à une sorte de « culture de l'amalgame », qui se développe dans la pratique quotidienne, en marge des conflits politiques au Conseil législatif ou des causes célèbres où les juges ne s'entendent pas sur le système à appliquer²³².

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ *Ibid.* Dans une affaire qui a pourtant opposé deux anglophones, l'intimé, défendu par Panet, a encore soutenu, devant la Cour d'appel du Québec, qu'il ne devait payer aucun intérêt à l'appelant. En effet, non seulement « les loix et coutumes de ce pais ne comptent aucuns intérêts sur des comptes courans », mais le demandeur ne justifie par ailleurs « d'aucun écrit qui oblige l'intimé de payer des intérêts ». Voir *Entre James Blake et Thomas Peters, Réponses aux griefs d'appel*, Québec, 1^{er} octobre 1779, Centre d'archives de Québec de BANQ, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (TP7, 1980-09-031/1, dossier 6).

²³¹ Jean-Philippe Garneau, « “Une masquerade de Jurisprudence Française”? Droit civil et pratique judiciaire dans la province de Québec à la fin du XVIII^e siècle » dans Benoît Garnot, dir., *Normes juridiques et pratiques judiciaires du Moyen Âge à l'époque contemporaine*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 2007, 431.

²³² Voir Jean-Philippe Garneau, « Une culture de l'amalgame au prétoire : les avocats de Québec et l'élaboration d'un langage juridique commun au tournant des XVIII^e et XIX^e siècles » (2007) 88 : 1 *Canadian Historical Review* 113 ; Jean-Philippe Garneau, « Droit, pluralisme culturel et genèse du barreau québécois : analyse prosopographique de deux générations d'avocats (fin XVIII^e -début XIX^e siècles) » dans Vincent Bernaudeau et al,

La question relative à la nature du droit applicable après la Conquête a souvent servi de prétexte à des positionnements d'ordre idéologique. Ainsi, John A. Dickinson observe que « la défense du droit s'inscrit dans toutes les luttes nationales et a contribué à empêcher toute réforme qui répondrait aux nouvelles réalités économiques et sociales d'une colonie en transition vers le capitalisme industriel »²³³. Aux revendications en faveur du droit français ou du droit anglais se rattache souvent une sorte de « défense culturelle » où il s'agirait, en définitive, de faire prévaloir une certaine vision sociale. Le droit est alors instrumentalisé au profit d'un idéal politique.

Conscient de ces enjeux, le fort pragmatisme des institutions anglaises établies à la suite de la Conquête nous est rapidement apparu comme une évidence. Loin des préoccupations de nature politique, le droit français trouve alors naturellement à s'appliquer dans la pratique malgré les intentions initialement contraires des administrateurs anglais. Loin de la nouvelle métropole, la réalité l'emporte sur la volonté du conquérant. Le pragmatisme s'impose tandis que les parties elles-mêmes cherchent avant tout à faire prévaloir leurs propres intérêts. Éventuellement, elles s'appuient à cette fin tant sur le droit français qu'anglais pour satisfaire les besoins de leurs causes. Si le droit échappe partiellement à l'emprise du politique, il est alors à son tour instrumentalisé pour répondre à des objectifs conjoncturels.

dir, *Les praticiens du droit du Moyen Âge à l'époque contemporaine : Approches prosopographiques*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2008, 209. Sur la « mixité » du système établi à l'issue de l'Acte de Québec, voir Jean-Maurice Brisson, *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Thémis, 1986.

²³³ Dickinson, *supra* note 69 à la p 127.