

---

---

**Mesures d'exception et règle de droit :**  
**Les conditions d'application de la loi martiale au Québec**  
**lors des rébellions de 1837-1838**

**J.-M. Fectean\***

Au dix-neuvième siècle, le statut juridique de la loi martiale, en droit anglais, demeure relativement flou. Alors que toute une école de pensée conteste son existence même, se développe dans les colonies de l'Empire britannique une pratique d'intervention militaire se fondant sur cette même notion. Ce texte analyse les modalités d'application de ce type de mesure d'exception lors des rébellions de 1837 et 1838 au Bas-Canada. Il s'attache à démontrer que l'imposition de la loi martiale, dans la conjoncture bas-canadienne de l'époque, sert moins à réprimer l'insurrection militaire qu'à pallier les insuffisances graves de l'appareil civil de maintien de l'ordre. Les contradictions spécifiques du système administratif et légal britannique dans les colonies obligent en effet à recourir à l'intervention militaire, ce qui ouvre la voie à un arbitraire légal qui apparaît comme l'envers implicite du formalisme strict de la règle de droit. L'exemple bas-canadien nous aide donc à saisir dans toute leur ampleur les limites politiques et légales du système anglais de maintien de l'ordre dans les colonies, et ce au moment de la transition au capitalisme industriel.

In the nineteenth century, the juridical status of martial law in Britain was unsettled. While in the metropolis an entire school of thought denied its very existence, martial law came to justify military intervention in the colonies. This paper studies the implementation of this type of exceptional measure in the context of the 1837 and 1838 rebellions in Lower Canada. The paper aims to show that in the circumstances prevalent in Lower Canada at that time, the imposition of martial law served less to repress military insurrection than to make up for the serious deficiencies in the civil system for maintaining order. Specific contradictions in the colonial administrative and legal systems left no alternative but recourse to military intervention, thereby opening the door to legal arbitrariness and revealing the hidden face of the strict formalism of the rule of law. The Lower Canadian example enables us to measure in full the political and legal limits of the British system of maintaining order in the colonies, in a time of transition toward industrial capitalism.

---

\*Du Département d'histoire, Université du Québec à Montréal. L'idée initiale de cette étude est issue d'une conversation improvisée avec mon collègue Jean-Paul Bernard, à qui je dois donc, indirectement, ces quelques mois passés à la fragile frontière qui sépare le droit de l'arbitraire. Qu'il en soit remercié.

## Sommaire

### Introduction

- I. Loi martiale et maintien de l'ordre dans le droit britannique du dix-neuvième siècle
  - A. *Le système traditionnel*
  - B. *Le statut de la loi martiale*
  - C. *Le contexte colonial*
  
- II. De l'arbitraire légal à la caution législative : la loi martiale au Bas-Canada, 1837-1838
  - A. *La question du maintien de l'ordre au Bas-Canada et la stratégie insurrectionnelle*
  - B. *Le soulèvement de 1837*
  - C. *Le soulèvement de 1838*

### Conclusion

### Épilogue...

\* \* \*

### Introduction

[M]artial law, when applied to the civilian, is no law at all, but a shadowy, uncertain, precarious something, depending entirely on the conscience, or rather on the despotic and arbitrary will, of those who administer it.<sup>1</sup>

Dans l'historiographie des rébellions de 1837 et 1838 au Bas-Canada, l'imposition de la loi martiale occupe une place mineure. Elle mérite tout au plus, chez les principaux historiens des rébellions,<sup>2</sup> une mention rapide, comme si l'adoption de mesures d'exception était, dans le contexte de

---

<sup>1</sup>R. c. *Nelson and Brand* (1867), Cockburn's Charge à la p. 26, M. le juge Cockburn, juge en chef d'Angleterre. Voir aussi W.S. Holdsworth, « Martial Law Historically Considered » (1902) 18 L.Q. Rev. 117 aux pp. 127-28.

<sup>2</sup>Voir L.O. David, *Les patriotes de 1837-1838*, Montréal, Beauchemin, 1884 ; G. Filteau, *Histoire des patriotes*, Montréal, Aurore, 1975 ; F. Ouellet, *Le Bas-Canada 1791-1840 : Changements structureux et crise*, Ottawa, Université d'Ottawa, 1976 aux pp. 421-88 ; et J.-P. Bernard, *Les rébellions de 1837-1838*, Montréal, Boréal Express, 1983.

l'époque, la conséquence obligée et non problématique de l'état d'insurrection.<sup>3</sup>

Pourtant, le recours à la loi martiale et à tout un ensemble de mesures d'exception constitue un phénomène d'envergure dont l'étude nous permet de mettre en lumière les conditions d'opération, en situation d'urgence, du modèle anglais de maintien de l'ordre. Plus encore, l'analyse des caractéristiques d'application de ces mesures d'exception nous révèle, en filigrane, l'ampleur du problème posé par l'exercice *légal* de l'autorité politique dans le système britannique. La loi martiale est, en somme, un cas limite, le moment rare et dramatique où le discours de l'ordre trahit son arbitraire, où la règle de droit dévoile la force brutale qu'elle a normalement pour mission de nier en la régulant. C'est pourquoi l'étude des modalités d'application de la loi martiale au Bas-Canada nous renvoie au préalable à la logique opératoire du système britannique.

## I. Loi martiale et maintien de l'ordre dans le droit britannique du dix-neuvième siècle

Le système de maintien de l'ordre dans l'Angleterre de la première moitié du dix-neuvième siècle subit une mutation radicale sous l'impact des bouleversements majeurs accompagnant la transition au capitalisme industriel.<sup>4</sup> La dissolution rapide des rapports sociaux traditionnels dans les campagnes et chez les communautés artisanes, ainsi que le développement d'un prolétariat urbain,<sup>5</sup> ébranlent profondément les subtils réseaux d'autorité qui étaient au fondement du système traditionnel de maintien de l'ordre.

---

<sup>3</sup>Voir cependant l'intéressant article de F.M. Greenwood, « L'insurrection appréhendée et l'administration de la justice au Canada » (1980) 34 Rev. d'hist. de l'Amérique française 57. À notre connaissance, Greenwood est le seul historien à s'être interrogé sérieusement sur les conditions légales de l'imposition de la loi martiale ; il analyse brièvement la procédure de la Cour martiale instituée à la suite du soulèvement de 1838.

<sup>4</sup>Sur ce point, qu'il nous est impossible de développer ici, on pourra consulter, au sein d'une importante production historiographique, L. Radzinowicz, *A History of English Criminal Law and its Administration From 1750*, t. 4, London, Stevens & Sons, 1968 aux pp. 105-57 et 232-51 ; F. Munger, « Suppression of Popular Gatherings in England, 1800-1830 » (1981) 25 Am. J. Leg. Hist. 111 ; et D. Phillips, « A New Engine of Power and Authority : The Institutionalization of Law-Enforcement in England 1780-1830 » dans V.A.C. Gatrell *et al.*, *Crime and the Law : The Social History of Crime in Western Europe since 1500*, London, Europa, 1980, 155.

<sup>5</sup>Voir E. Hobsbawm et G. Rude, *Captain Swing : A Social History of the Great English Agricultural Uprising of 1830*, New York, Norton, 1975 ; E.P. Thompson, *The Making of the English Working Class*, New York, Vintage, 1964 ; et C. Calhoun, *The Question of Class Struggle : Social Foundations of Popular Radicalism during the Industrial Revolution*, Chicago, University of Chicago Press, 1982.

### A. *Le système traditionnel*

Au cours des siècles, l'Angleterre avait en effet développé à un point remarquable un système de décentralisation de l'autorité publique reposant essentiellement sur la personne du *juge de paix*, représentant du roi dont les multiples attributions en faisaient le point nodal de l'administration judiciaire au niveau local. Les lois du Parlement et la jurisprudence avaient fait de ces notables locaux les principaux responsables du respect de l'ordre public. Assistés de constables nommés annuellement, habilités à solliciter l'aide de la population en cas d'urgence (le *hue and cry* anglais), les juges de paix pouvaient également requérir l'intervention de l'armée régulière en cas d'émeute.<sup>6</sup> Au delà des aspects quotidiens de l'administration de la justice, la *sanction* des infractions était confiée à un appareil judiciaire finement hiérarchisé et rigoureusement encadré par le strict formalisme du *common law* et du droit criminel. De plus, au long de l'histoire mouvementée des rapports entre la monarchie anglaise et la *gentry*, une série de compromis institutionnels, de la Magna Carta à la « Glorieuse révolution » de 1688, avaient restreint l'exercice de la prérogative royale en assurant aux sujets britanniques une protection constitutionnelle et juridique contre l'arbitraire royal (au moyen, par exemple, du *due process*, du verdict par jury ou des règles strictes de procédure lors des poursuites).

Ainsi, le contrôle des populations repose-t-il, dans la première moitié du dix-neuvième siècle, sur les capacités de mobilisation d'un ensemble complexe d'institutions locales relayées, en cas d'urgence, par la milice ou l'armée. Le libre citoyen anglais est donc, en dernière instance, le principal responsable du respect collectif de l'ordre public, sous la direction et l'autorité du juge de paix. En cas d'émeute, ce dernier peut faire intervenir les constables alors en fonction, nommer d'office parmi la population des « constables spéciaux », faire appel à des corps volontaires de cavalerie (*yeomanry*) ou solliciter l'assistance des autorités militaires. Une fois l'émeute réprimée, les personnes éventuellement arrêtées sont déférées à la juridiction ordinaire des tribunaux royaux, soit le King's Bench ou les Quarter Sessions of the Peace. Ce système, mis en oeuvre à d'innombrables occasions au dix-huitième siècle, traverse une crise profonde dans les premières décennies du dix-neuvième siècle.<sup>7</sup>

D'abord, les modifications structurelles des rapports sociaux lors de la transition au capitalisme industriel rendent rapidement obsolète un système

<sup>6</sup>À ce sujet, voir notamment R. Williams, « The King's Peace : Riot Law in Historical Perspective » (1971) *Utah L. Rev.* 240 ; W.F. Finlason, *A Review of the Authorities as to the Repression of Riot and Rebellion*, London, Stevens & Sons, 1868 aux pp. 1-48.

<sup>7</sup>Voir W.F. Shelton, *English Hunger and Industrial Disorders*, London, Macmillan, 1973 ; J. Brewer et J. Styles, éd., *An Ungovernable People : The English and their Law in the 17th and 18th Centuries*, New Brunswick, N.J., Rutgers University Press, 1980.

basé sur l'intervention *ad hoc* de citoyens sans véritable expertise professionnelle. Le recours de plus en plus fréquent à l'armée régulière pour la suppression des émeutes<sup>8</sup> témoigne de ce débordement des instruments d'intervention civile.

Ensuite, la révolution française de 1789 et l'agitation des jacobins, puis des radicaux anglais, provoquent une polarisation des conflits qui débouche sur la contestation de la légitimité *politique* du système anglais. D'une part, le juge de paix apparaît de plus en plus comme un instrument docile au service de l'oligarchie monarchique ; d'autre part, la revendication démocratique menace de subvertir les équilibres délicats qui fondent la monarchie parlementaire anglaise et, partant, les compromis constitutionnels au fondement de l'ordre politique.<sup>9</sup>

C'est dans ce contexte institutionnel, politique et juridique qu'il faut replacer la question de la loi martiale.

### B. *Le statut de la loi martiale*

Deux facteurs ont contribué à donner au droit anglais en matière d'insurrection un caractère tout à fait particulier.<sup>10</sup>

1.— En premier lieu, les concessions arrachées naguère par l'oligarchie anglaise à la monarchie ont conféré au Parlement britannique des pouvoirs constitutionnels restreignant sévèrement la prérogative du souverain envers ses sujets. Ainsi, la Petition of Right de 1628 assure que « by the Great Charter and other laws of the realm, no man ought to be judged to death but by the laws established in the realm, either by the customs of the realm or Acts of Parliament. »<sup>11</sup> Cette dernière nie de plus au souverain tout pouvoir d'imposer la loi martiale en temps de paix sur le territoire anglais.<sup>12</sup> En 1689, le Bill of Rights stipule que « the pretended power of suspending

<sup>8</sup>Voir Radzinowicz, *supra*, note 4 aux pp. 115-57. Les émeutes de Bristol, en 1831, sont particulièrement symptomatiques de ce phénomène.

<sup>9</sup>*An Act to Amend the Representation of the People in England and Wales* (R.-U.), 1832, 2-3 Will. 4, c. 45, constitue en ce sens un moment critique de cette crise politique fondamentale. Sur cette question cruciale, voir P. Corrigan et D. Sayer, éd., *The Great Arch: English State Formation as Cultural Revolution*, New York, Basil Blackwell, 1985 aux pp. 114-65.

<sup>10</sup>Au sujet du statut de la loi martiale, voir Finlason, *supra*, note 6 aux pp. 49-88 ; J.F. Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, t. 1, London, Macmillan, 1883 aux pp. 207-16 ; Holdsworth, *supra*, note 1 ; F.B. Wiener, *Civilians under Military Justice*, Chicago, University of Chicago Press, 1967 ; H.E. Richards, « Martial Law » (1902) 18 L.Q. Rev. 133 ; C. Townshend, « Martial Law : Legal and Administrative Problems of Civil Emergency in Britain and the Empire, 1800-1940 » (1982) 25 Historical J. 167.

<sup>11</sup>Cité par Finlason, *ibid.* à la p. 52.

<sup>12</sup>Le « temps de paix » y est défini comme le temps où les cours royales sont en mesure de siéger.

of laws, or the execution of laws, by regal authority, without consent of parliament, is illegal », <sup>13</sup> tout en soumettant au contrôle parlementaire le maintien d'une armée permanente sur le territoire national. Cet ensemble de contraintes contribue à développer une législation spécifique aux forces armées, inaugurée par le premier Mutiny Act de 1688<sup>14</sup> et la réglementation militaire qui en découle (Articles of War). Conséquemment, dès la fin du dix-septième siècle, le monarque anglais jouit de prérogatives beaucoup plus limitées que celles des autres souverains européens en matière d'intervention en cas d'insurrection civile.

2.— En second lieu, le caractère coutumier et non écrit des arrangements constitutionnels britanniques a contribué à maintenir dans un certain flou juridique les pouvoirs réels de la Couronne. Ainsi, en matière d'insurrection, l'interprétation de l'*extension* de la prérogative royale a donné lieu, au dix-neuvième siècle, à une importante controverse juridique.<sup>15</sup>

D'un côté, certains juristes<sup>16</sup> attribuaient à la Couronne le pouvoir, inhérent à sa prérogative, de proclamer la loi martiale en cas de danger grave menaçant les institutions du pays. La loi martiale était ainsi interprétée comme l'exercice de la prérogative royale visant à suppléer, en cas d'urgence, aux déficiences du *common law* et de la législation.<sup>17</sup> Le maintien de cette prérogative, malgré la Petition of Right et le Bill of Rights, apparaissait

---

<sup>13</sup>*An Act for Declaring the Rights and Liberties of the Subject, and Settling the Succession of the Crown* (R.-U.), 1688, 1 Will. & Mary 2, c. 2, art. 1(1).

<sup>14</sup>*An Act for Punishing Officers and Soldiers who Shall Mutiny or Desert their Majesties Service, to Continue till November, 1689, and no Longer* (R.-U.), 1688, 1 Will. & Mary 1, c. 5.

<sup>15</sup>Sur le continent, l'inscription dans la constitution de pouvoirs d'urgence dévolus à l'exécutif a permis d'éviter ces controverses et a donné à la loi martiale une assise légale ferme.

<sup>16</sup>On trouvera un exposé classique de cette interprétation dans Finlason, *supra*, note 6 aux pp. 8-88.

<sup>17</sup>Voir *ibid.* à la p. 47 :

Thus, the common law is deficient in the two powers necessary to subdue a rebellion: full power of attack and speedy power of punishment. Those two deficiencies of the common law, as to suppression of rebellion, indicate the scope of the martial law, which, as already mentioned, comprises both these branches.

Finlason ajoute (à la p. 63) :

As to men who have taken up arms against the Crown, the prerogative power, as it before existed, without the restraints imposed by statute, but very properly guided by these provisions, as far as they are applicable by analogy, is, it is conceived, still in force. So that all that in the Mutiny Act and Articles of War can be done as regards the soldiers of the Crown, and more, can be done to the rebels by prerogative power.

d'ailleurs confirmé par certaines dispositions législatives.<sup>18</sup> Ce type de raisonnement juridique conduisait donc à reconnaître un droit spécifique des urgences sociales, un droit dont la promulgation et les modalités d'application étaient laissées à la libre détermination du pouvoir exécutif. Dans ce lieu incertain et flou entre la règle de droit et la force arbitraire, l'appel à la prérogative royale trahissait clairement l'angoisse de certains juristes devant la montée des revendications démocratiques et ses effets sur le système judiciaire traditionnel.<sup>19</sup>

Pourtant, de son côté, l'interprétation libérale, qui nie à la loi martiale toute forme d'existence en dehors de la juridiction proprement militaire, ne tarde pas à s'imposer. Elle repose sur une stricte adhérence à la règle de droit, dans la grande tradition des Coke, Hale et Blackstone. Au dix-neuvième siècle, « [t]he whole drift of English legal thinking [is] towards banishing martial law from the confines of law properly understood — to say, in effect, as the Duke of Wellington had said, that it [is] 'no law at all.' »<sup>20</sup> Cette interprétation, soutenue avec force par Stephen et Holdsworth notamment,<sup>21</sup> implique que le déclenchement de troubles sociaux importants, allant même jusqu'à l'insurrection, ne justifie nullement un droit d'except-

<sup>18</sup>Voir notamment *An Act for the Suppression of the Rebellion which still Unhappily Exists within this Kingdom, and for the Protection of the Persons and Properties of His Majesty's Faithful Subjects within the Same* (Ir.), 1799, 39 Geo. 3, c. 11, art. 6 [ci-après *An Act for the Suppression of the Rebellion*]; *An Act for the Suppression of Rebellion in Ireland, and for the Protection of the Persons and Property of His Majesty's Faithful Subjects there* (R.-U.), 1803, 43 Geo. 3, c. 117, art. 5; *An Act for the More Effectual Suppression of Local Disturbances and Dangerous Associations in Ireland* (R.-U.), 1833, 3 & 4 Will. 4, c. 40, art. 40 : « Provided [ . . . ] that nothing in this Act contained shall be construed to take away, abridge, or diminish [ . . . ] the undoubted prerogative of His Majesty, for the Public Safety, to resort to the Exercise of Martial Law against open Enemies or Traitors [ . . . ]. »

<sup>19</sup>Ce sentiment est très net chez Finlason, *supra*, note 6 aux pp. 5-6 :

It is obvious that one of the perils we incur as the price we pay for free constitution, is the constant insecurity of those who have the courage to act in defence of law and order on occasion of riot or insurrection. It is true that in theory, at all events, the law is plain and clear; upon *paper* it is so, but in practice it is perilous, as these and subsequent events show. For, in the first place, our system of criminal prosecution is essentially *popular*; it is the grand jury who, at common law, present or indict, and though they are composed of a *superior* class of the people, still they are *of* the people, and likely, more or less, to share any strong popular excitement. In the next place, anybody may present an indictment for murder and crime against anybody; and there is no proceedings known to our law by which it can be prevented.

<sup>20</sup>Townshend, *supra*, note 10 à la p. 172. Dans ce contexte, on peut aussi citer la fameuse remarque de A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8e éd., London, Macmillan, 1915 à la p. 283 : « 'Martial law', in the proper sense of that term, in which it means the suspension of ordinary law and the temporary government of a country or parts of it by military tribunals, is unknown to the law of England. »

<sup>21</sup>Stephen, *supra*, note 10 aux pp. 214-16; Holdsworth, *supra*, note 1 aux pp. 127-28. Voir aussi Wiener, *supra*, note 10 aux pp. 219-21.

tion : le droit de repousser la force par la force, fondé en *common law*, apparaît amplement suffisant pour justifier toute action répressive, dans la mesure où les cours de justice peuvent, après coup, sanctionner les abus de pouvoir et tous autres actes arbitraires et non justifiés par les circonstances, commis lors de la suppression d'une insurrection. Cette vision « néo-classique » est bien résumée par Stephen :

1. Martial law is the assumption by officers of the Crown of absolute power, exercised by military force, for the suppression of an insurrection, and the restoration of order and lawful authority.

2. The officers of the Crown are justified in any exertion of physical force extending to the destruction of life and property to any extent, and in any manner that may be required for the purpose. They are not justified in the use of cruel and excessive means, but are liable civilly or criminally for such excess. They are not justified in inflicting punishment after resistance is suppressed, and after the ordinary courts of justice can be reopened.<sup>22</sup>

Cette vision du droit applicable en cas d'insurrection civile a également une conséquence implicite : devant l'insuffisance de la prérogative royale, seul le Parlement est en mesure d'avaliser l'adoption de dispositions d'urgence, telles la suspension de l'*habeas corpus*, la proclamation de la loi martiale ou la mise en place de cours martiales aptes à juger les rebelles.<sup>23</sup>

Cette trop brève incursion dans les théories juridiques en matière de loi martiale au dix-neuvième siècle nous permet cependant un double constat.

1.— En premier lieu, le statut de la loi martiale est loin d'être fixé dans les années 1830.<sup>24</sup> S'agit-il d'une loi d'exception basée sur la prérogative royale ? De la forme extrême du *common law* en situation d'insurrection ? D'une

<sup>22</sup>Stephen, *ibid.* à la p. 215.

<sup>23</sup>*An Act for the More Effectual Suppression of Local Disturbances and Dangerous Associations in Ireland*, *supra*, note 18, est l'exemple classique. De la même manière, à l'absence de toute législation cautionnant au préalable les mesures d'urgence prises, il deviendra courant de protéger les autorités chargées de réprimer les troubles par une loi d'immunité à effet rétroactif. Ce fut le cas, notamment, pour l'Irlande : voir *An Act for the Suppression of the Rebellion*, *supra*, note 18. Sur ce point, C. Fairman, *The Law of Martial Rule*, Chicago, Callaghan, 1930 [cité par Wiener, *supra*, note 10 à la p. 221] remarque : « In the British Empire, 'martial law' followed by an act of indemnity has been a device whereby servile and native uprisings have been stamped out, often with more celerity than decorum. »

<sup>24</sup>En cette matière, il faudra en fait attendre la deuxième guerre mondiale en Angleterre : voir *Emergency Powers (Defense) Act, 1939* (R.-U.), 2 & 3 Geo. 6, c. 62 ; *Emergency Powers (Defense) Act, 1940* (R.-U.), 3 & 4 Geo. 6, c. 20. Il est à remarquer qu'aux États-Unis, le pouvoir de l'exécutif en ce domaine est reconnu dès 1861. Sur l'évolution de ce droit aux États-Unis, voir D.E. Engdahl, « Soldiers, Riots and Revolution : The Law and History of Military Troops in Civil Disorders » (1971) 57 Iowa L. Rev. 1 ; et G.M. Dennison, « Martial Law : The Development of a Theory of Emergency Powers, 1776-1861 » (1974) 18 American J. Leg. Hist. 52.



créature de l'autorité législative en situation d'urgence ? L'incertitude juridique ainsi créée reflète bien la difficile adaptation du droit anglais aux contraintes nouvelles posées par la démocratisation des institutions et par l'industrialisation.

En conséquence, en Angleterre même, on évitera soigneusement d'avoir recours à des mesures d'exception trop mal fondées en droit. Si l'on excepte la suspension de l'*habeas corpus* en 1817,<sup>25</sup> les troubles politiques et sociaux des années 1780-1850 purent être réprimés sans que les autorités civiles et judiciaires aient dû être supplantées par le pouvoir militaire.<sup>26</sup> En fait, c'est par la modification du droit criminel, la création d'un réseau pénitentiaire et la mise sur pied d'un nouveau système policier,<sup>27</sup> c'est-à-dire par la réforme législative de tout l'appareil civil de maintien de l'ordre, que se sont effectués les ajustements nécessaires, sans que la panoplie douteuse des interventions militaires en matière civile soit envisagée sérieusement. Le pouvoir anglais a ainsi pu faire l'économie, malgré les efforts de certains juristes, d'une version britannique des procédures continentales en matière d'état de siège.

2.— En second lieu, on assiste, parallèlement, à une systématisation des procédés extra-judiciaires *dans les dépendances et colonies anglaises*. Le contraste est frappant entre la prudence cauteleuse des autorités sur le territoire national et la gestion souvent brutale des désordres civils dans les contrées sous domination britannique. L'Irlande, formellement unie à l'Angleterre en 1800, a ici valeur de symbole. On aura remarqué qu'une bonne partie des arguments justifiant l'existence de la loi martiale s'appuie sur des précédents applicables à ce territoire. À partir de la grande insurrection de 1798, l'histoire de l'administration anglaise en Irlande est en effet tissée de

---

<sup>25</sup>Voir *An Act to Empower His Majesty to Secure and Detain such Persons as His Majesty Shall Suspect are Conspiring against His Person and Government* (R.-U.), 1817, 57 Geo. 3, c. 3 ; *An Act to Continue an Act to Empower His Majesty to Secure and Detain such Persons as His Majesty shall Suspect are Conspiring against His Person and Government* (R.-U.), 1817, 57 Geo. 3, c. 55.

<sup>26</sup>On trouvera un bel exemple de la prudente application des mesures civiles de répression lors des troubles chartistes de la fin des années 1830 et des années 1840. Il est intéressant de comparer la procédure suivie en Angleterre à cette occasion avec celle qui eut cours au Bas-Canada, tout à fait au même moment. À ce sujet, voir L. Radzinowicz, « New Departures in Maintaining Public Order in the Face of Chartist Disturbances » [1960] Cambridge L.J. 51.

<sup>27</sup>Sur ces différents points, la bibliographie est énorme. On consultera avec profit J.J. Tobias, *Crime and Police in England, 1700-1900*, London, Gill & Macmillan, 1979 aux pp. 117-84 ; R. McGowen, « The Image of Justice and Reform of the Criminal Law in Early 19th-Century England » (1983) 32 Buffalo L. Rev. 89 ; et M. Ignatieff, *A Just Measure of Pain : The Penitentiary in the Industrial Revolution, 1750-1850*, New York, Pantheon Books, 1978.

multiples mesures de répression brutale cautionnées par toute une législation d'exception.<sup>28</sup>

En fait, dans les colonies en général, la mise en vigueur de la loi martiale devient, à partir du début du dix-neuvième siècle, une forme familière de gestion des troubles civils. Ainsi, la loi martiale est imposée à la Barbade en 1805 et 1816, à la Guyane (Demerara) en 1823, au Haut et au Bas-Canada de 1837 à 1839, au Ceylan en 1848, à la Céphalonie (Iles Ioniennes) en 1849, à la colonie du Cap en 1835, 1849-51 et 1859, à l'île Saint-Vincent en 1863 et à la Jamaïque en 1831-1832 et en 1865. Ce recensement ne tient évidemment pas compte du recours encore plus fréquent à d'autres mesures d'exception de moindre sévérité, telle la suspension de l'*habeas corpus*. Le territoire de l'Empire est en fait un terrain fertile pour l'analyse de ce moment critique pour la légalité britannique qu'est l'adoption de la loi martiale. C'est pourquoi on doit s'interroger brièvement sur le contexte colonial d'opération du droit anglais.

### C. *Le contexte colonial*

Dans les années 1830, l'empire colonial britannique est composé d'une mosaïque de territoires dispersés sur les cinq continents. Selon leurs conditions d'acquisition et de peuplement, ces dépendances coloniales jouissent de statuts juridiques fort diversifiés, allant du simple protectorat (Iles Ioniennes) aux colonies de peuplement jouissant d'une autonomie partielle (Haut- et Bas-Canada), en passant par les plantations contrôlées par des minorités blanches (Jamaïque), les colonies de la Couronne (Ceylan, Le Cap) et les colonies pénitentiaires (Van Diemen).<sup>29</sup> Cependant, malgré cette diversité, un problème central grève l'administration de cet empire : comment maintenir l'ordre dans les colonies, tout en respectant les contraintes légales et constitutionnelles du droit anglais, et en réprimant les tendances autonomistes des populations coloniales. Ce dilemme, crucial pour la politique impériale de l'Angleterre, prend une particulière acuité dans les années 1830, alors que la démocratisation des institutions en Angleterre même et la pression des radicaux anglais mettent en lumière le paradoxe entre la libéralisation en cours sur le territoire national et la sujétion plus ou moins brutale des sociétés coloniales à la Couronne anglaise. Sous l'impact de cette contradiction, une césure fondamentale tend à se produire dans la pensée impériale. Une distinction de plus en plus nette apparaît entre, d'une part, les

---

<sup>28</sup>Voir, notamment, G. Broeker, *Rural Disorder and Police Reform in Ireland, 1812-1836*, London, Routledge and Kegan Paul, 1970. En fait, l'expérience irlandaise a inspiré à la fois la réforme de la police anglaise et, on verra, les mesures d'exception appliquées au Bas-Canada en 1838.

<sup>29</sup>Voir J.M. Ward, *Colonial Self-Government : The British Experience, 1759-1856*, Toronto, University of Toronto Press, 1976.

intérêts pratiques, en termes de colonisation et de commerce, en cause dans la possession des colonies et, d'autre part, le maintien d'un contrôle politique étroit sur des populations de plus en plus réticentes à la domination impériale. La campagne en faveur de l'émancipation des colonies, entreprise par certains groupes radicaux proches de Bentham,<sup>30</sup> et le mouvement en faveur du libre échange, sont des moments symptomatiques de cette tension croissante entre le modèle traditionnel d'autorité impériale et les enjeux socio-économiques du développement industriel.

Le problème revêt une gravité particulière dans le cas des colonies auxquelles a été attribuée une autonomie partielle, entérinée par charte ou législation particulière, et concrétisée par la mise en place d'institutions représentatives spécifiques. Dans cette conjoncture, le dilemme soumission/indépendance est encore aggravé par le fait que les coloniaux, en vue d'élargir leur espace d'autonomie, utilisent systématiquement les pouvoirs constitutionnels qui leur sont conférés.

De plus, à cette faiblesse structurelle des rapports entre centre impérial et périphérie coloniale se greffe un autre problème majeur : celui de la rupture tendancielle des relations d'autorité, au sein même des sociétés coloniales, entre le représentant de la Couronne et les populations dépendantes. Quand il s'agit de colonies où le pouvoir impérial anglais est perçu comme occupation étrangère, la difficulté apparaît évidente, comme en Inde par exemple. Mais elle se présente aussi, sous des formes plus subtiles, dans le cas des colonies de peuplement. Ici, la coupure entre les autorités coloniales et la population prend la forme d'un conflit plus ou moins larvé entre une oligarchie coloniale, souvent alliée à une bourgeoisie marchande de type *compradore*, et les institutions représentatives populaires. La logique du système de pouvoir anglais, axée sur la décentralisation des pôles d'autorité et le maintien de liens étroits de dépendance entre la population et les élites locales, dévoile, dans ce contexte spécifique, son extrême fragilité. La contradiction potentielle entre les intérêts locaux et les politiques impériales peut ici s'appuyer sur la faiblesse structurelle de la hiérarchie des pouvoirs et déboucher sur le contrôle des institutions locales par les populations dissidentes.

La situation des colonies américaines après la Guerre de Sept Ans est, en ce sens, exemplaire :<sup>31</sup> la prise en main par les éléments autonomistes

---

<sup>30</sup>Voir G.W. Martin, « Anti-Imperialism in Mid-19th Century and the Nature of the British Empire, 1820-1870 » dans R. Hyam et G.W. Martin, éd., *Reappraisals in British Imperial History*, London, Macmillan, 1975, 88.

<sup>31</sup>Voir les remarquables travaux de J.P. Reid sur ce point : « In a Defensive Rage : The Use of the Mob, the Justification in Law, and the Coming of the American Revolution » (1974) 49 *N.Y.U. L. Rev.* 1043 ; et *In a Defiant Stance : The Conditions of Law in Massachusetts Bay, the Irish Comparison, and the Coming of the American Revolution*, University Park, Pennsylvania State University Press, 1977.

des institutions locales, civiles et judiciaires, a amené un blocage complet des institutions de relai de l'autorité publique, blocage que le pouvoir impérial s'est révélé impuissant à franchir autrement que par la force, avec les conséquences que l'on connaît.

À partir de la fin du dix-huitième siècle, le contre-exemple américain aidant, les autorités coloniales britanniques se montrent de plus en plus disposées à recourir à des mesures d'exception permettant de supplanter ou de contourner les institutions civiles et judiciaires traditionnelles. C'est ainsi que la mise en vigueur de la loi martiale et la suspension de l'*habeas corpus* deviennent rapidement des armes familières dans l'arsenal répressif des gouverneurs anglais.

Étant donné ce développement, il n'est pas étonnant de constater à quel point l'expansion des procédures d'exception, dans les colonies, a valeur d'exemple pour les juristes britanniques partisans de la prérogative royale en matière de loi martiale. Ici, la règle « nécessité fait loi » prend une dimension particulière, surtout dans les cas, fréquents en situation coloniale, où s'ajoute au conflit politique une dimension *ethnique* :

The important point to be observed is, that the more the Common Law is supposed to be extended to a colony in right of English blood and descent, the more it must be considered to be in favor of and for the protection of those subjects of English descent, whose birthright it is presumed peculiarly to be. So that this theory, which has lately been proclaimed upon such high authority, only makes all the clearer the power of a governor to proclaim martial law for the protection of the subjects of English descent whenever really required for their protection; as in cases of a really dangerous rebellion of those of a different, perhaps hostile, race. And this, although a legal argument, goes to the root of the whole question as to the application of martial law in a colony, because it shows how entirely fallacious it is to liken it to a case of martial law as between those of British blood and descent, which can scarcely occur — at all events in these times, and especially in a colony — where they form a class and race mutually bound together by common ties of blood, not at all likely to come into collision or conflict among themselves.<sup>32</sup>

Dans les colonies, la limite fragile entre la règle de droit et les mesures d'exception est donc susceptible d'être franchie allègrement en cas de troubles majeurs. Le cas du Bas-Canada, que nous abordons maintenant, nous permettra de voir plus concrètement ce processus de substitution de la force au droit.

---

<sup>32</sup>Finlason, *supra*, note 6 aux pp. 120-21. Sans pousser trop loin l'analogie, on ne peut s'empêcher de tirer un parallèle entre ce type de raisonnement et l'importance d'une argumentation fondée sur les différences ethniques, dans la justification politique des mesures prises lors des Rébellions de 1837-1838 au Bas-Canada (*vide* Durham).

## II. De l'arbitraire légal à la caution législative : la loi martiale au Bas-Canada, 1837-1838

Au Bas-Canada, le régime de la loi martiale a été proclamé, dans le district de Montréal, du 5 décembre 1837 au 24 avril 1838, et du 4 novembre 1838 au 24 août 1839.<sup>33</sup> Le district de Saint-François a vécu sous le même régime du 16 novembre 1838 au 16 avril 1839. Une aussi longue période pourrait laisser croire, conformément aux diverses théories juridiques examinées plus haut, que la colonie a vécu en état d'insurrection pendant de nombreux mois. En fait, la rébellion armée elle-même ne s'est étendue que sur quelques jours, soit du 16 novembre au 13 décembre 1837, et du 3 au 8 novembre 1838. Il faut donc en conclure que l'utilisation de la loi martiale sur une période de quinze mois répondait à d'autres fins que la simple répression militaire d'un soulèvement armé. L'analyse des conditions d'application des mesures d'exception pourra nous révéler ce qu'il en est.

### A. La question du maintien de l'ordre au Bas-Canada et la stratégie insurrectionnelle

Dans la colonie bas-canadienne, l'implantation du système britannique de maintien de l'ordre n'a jamais donné les résultats escomptés.<sup>34</sup> Dès 1800, le lieutenant-gouverneur Milnes fait un diagnostic fort pessimiste des difficultés d'extension de l'influence gouvernementale dans la population.<sup>35</sup> Le blocage des institutions législatives, provoqué notamment par le conflit entre la Chambre d'assemblée et le Conseil législatif, aggrave la situation en rendant impossible l'adoption des réformes nécessaires. Plus encore, le Parti patriote, dominant à l'Assemblée, se donne les moyens organisationnels permettant d'encadrer l'activité politique des électeurs.<sup>36</sup>

<sup>33</sup>On notera dans Filteau, *supra*, note 2 à la p. 439, une erreur fréquemment commise dans l'historiographie, à savoir que la dissolution de la Cour martiale le 6 mai 1839 a coïncidé avec le rappel de la loi martiale. En fait, cette dernière ne fut abrogée, pour le district de Montréal, que par la proclamation de Colborne en date du 24 août 1839 : voir la lettre du gouverneur J. Colborne au Marquis de Normanby, 10 septembre 1839 dans *British Parliamentary Papers : Colonies Canada* (1840), t. 13, partie 1, 95.

<sup>34</sup>À ce sujet, voir J.-M. Fecteau, *La pauvreté, le crime, l'État : Essai sur l'économie politique du contrôle social au Québec, 1791-1840*, thèse de doctorat en histoire, Université de Paris VII, 1983 [non publiée].

<sup>35</sup>Voir la lettre de R.S. Milnes au Duc de Portland, 1er novembre 1800 dans T. Chapais, *Cours d'histoire du Canada*, t. 2, Québec, Librairie Garneau, 1921, 297 à la p. 300 [traduction] :

Les habitans [sic] canadiens sont, je le crois réellement, un peuple industrieux, paisible, bien disposé, mais, à raison de leur manque d'éducation et leur extrême simplicité, ils sont exposés à être induits en erreur par des hommes artificieux et ingénieux ; et s'ils se rendaient compte une fois de leur propre indépendance, les pires conséquences pourraient s'en suivre.

<sup>36</sup>Voir S.D. Clark, *Movements of Political Protest in Canada, 1640-1840*, Toronto, University of Toronto Press, 1959 à la p. 268.

Ainsi lorsque, après une session de quelques jours, l'assemblée législative est prorogée le 26 août 1837, une dynamique spécifique de subversion légale est enclenchée. Ce que le professeur Ouellet appelle fort malencontreusement « la révolution sous le masque de la légalité »<sup>37</sup> est en fait un processus en deux temps d'investissement des institutions civiles de la province.

Dans un premier temps, les Patriotes entreprennent de mobiliser la population par de grandes assemblées politiques.<sup>38</sup> Après la prorogation de la session parlementaire du mois d'août 1837 et la démotion, par le gouverneur Gosford, des officiers civils ayant participé aux assemblées populaires,<sup>39</sup> la stratégie patriote se radicalise. En plus de harceler les magistrats restés fidèles à l'exécutif, les Patriotes tentent de mettre sur pied une structure parallèle d'administration de la justice. Au début d'octobre, le gouverneur, alerté, décrit ainsi les résolutions du comité central patriote :

[H]aving for their object the superseding of the ordinary administration of justice, by the establishment of a species of tribunal over which magistrates elected by the people are to preside, for the adjustment of differences and the trial of causes, and the organization of volunteer companies of militia, under the command of officers elected by militia men, who are to be drilled in the management of fire-arms, which, with the other accoutrements, the permanent

---

<sup>37</sup>Ouellet, *supra*, note 2 à la p. 432.

<sup>38</sup>En fait, les Patriotes, suivant l'exemple des Américains avant la guerre d'Indépendance, ne faisaient en cela qu'utiliser fort habilement la marge de liberté politique laissée par les droits constitutionnels dévolus à tout sujet britannique. Ajoutons que cette stratégie d'action collective est utilisée au même moment en Angleterre par les chartistes eux-mêmes.

<sup>39</sup>Pendant l'automne 1837, plus de 40 des officiers civils (juges de paix, officiers de milice et commissaires aux petites causes) sont démis de leurs fonctions dans le seul district de Montréal. Je dois ce renseignement à Jean-Paul Bernard, qui poursuit d'importantes recherches sur ce point. De façon à éclairer l'exposé, il apparaît utile de faire un bref relevé des principaux acteurs politiques. Ainsi, Lord Gosford est gouverneur en titre du Bas-Canada jusqu'à la fin mai 1838. Cependant, après son départ de la colonie, le 27 février 1838, le lieutenant-général John Colborne, commandant militaire de la colonie, le remplace à titre d'administrateur. Il assure ainsi l'intérim du pouvoir jusqu'à l'arrivée du nouveau gouverneur général, Lord Durham, le 27 mai 1838. Ce dernier sera gouverneur jusqu'en janvier 1839, mais lui aussi quitte la colonie prématurément, le 3 novembre 1839, laissant de nouveau à Colborne l'administration temporaire de la colonie. Le gouvernement récompense Colborne de ses services en le nommant enfin gouverneur le 17 janvier 1839, titre qu'il conservera jusqu'au 19 octobre 1839, alors qu'il sera remplacé par Sir Poulett Thomson. Quant aux ministres coloniaux, trois titulaires se succéderont à cette fonction au cours de la période qui nous intéresse, soit Lord Glenelg (jusqu'en février 1839), le Marquis de Normanby (de février à septembre 1839) et Lord Russell (à partir de septembre 1839).

committee pledges itself to provide for those corps that distinguish themselves by their good order and discipline.<sup>40</sup>

Parallèlement, le système de justice criminelle s'avère rapidement réduit à néant :

The great difficulty of procuring strict trial evidence for bringing home, in a court of justice, to the parties concerned the charges that might be founded on the proceedings had at these meetings, added to the questionable policy of political prosecutions, especially at a time like the present, when the minds of a portion of the jury summoned to try the offence would probably be poisoned by the misrepresentations and efforts of the disaffected, have as yet prevented any resort to the court of law for the punishment of those implicated in such proceedings.<sup>41</sup>

Dès le 20 octobre 1837, un rapport du Conseil exécutif fait le constat brutal de l'impuissance où est réduit le gouvernement devant les manoeuvres patriotes : le système constitutionnel de prise de décision est bloqué par le refus de coopérer de l'Assemblée ; le gouvernement n'a pas le pouvoir de suspendre l'*habeas corpus* ; il semble impossible de faire sanctionner les infractions politiques par les cours de justice ; les juges de paix sont inefficaces ou impuissants.<sup>42</sup>

En s'attaquant aux institutions civiles, les Patriotes atteignent en effet le maillon le plus faible de l'administration coloniale, désorganisant complètement le fragile équilibre hiérarchique sur lequel reposait ce système. L'efficacité d'une telle stratégie ne tarde pas à se manifester et pousse le gouverneur Gosford à faire part de son désarroi au ministre colonial, Lord Glenelg :

I am forced, however reluctantly, to come to the conclusion that the only practical course now open for conducting the affairs of this province with any benefit to the inhabitants generally, is at once formally to suspend the constitution, which both parties unite in confessing cannot now be worked, and which has in fact for the last 12 months been virtually suspended; to increase

---

<sup>40</sup>Lettre du gouverneur Gosford au ministre colonial Lord Glenelg, 12 octobre 1837 dans *British Parliamentary Papers : Colonies Canada* (1837-1838), t. 9, 71 à la p. 72. Dans la même lettre, Gosford écrivait (à la p. 71) :

[T]he majority of the rural population is as yet but little inclined to join in the views and schemes of the agitators, who, however, by misrepresentation, and by the instrumentality of fear and intimidation, have so far worked upon their minds as to produce a degree of inertness in opposing the progress of the movement, and in aiding the administration of justice and the course of social order, that cannot fail to afford grounds for serious consideration.

<sup>41</sup>Lettre du gouverneur Gosford au ministre colonial Lord Glenelg, 9 septembre 1837 dans *British Parliamentary Papers* (1837-1838), *ibid.*, 56.

<sup>42</sup>Voir « Report of a Committee of the Whole Council, 20 octobre 1837 » dans *British Parliamentary Papers : Colonies Canada* (1837-1838), *ibid.*, 91. Le comité en arrive à la conclusion qu'il est nécessaire d'établir une force de police à Montréal, Québec et Trois-Rivières.

the military force, and to strengthen the hands of the Executive, now almost impotent for any good and useful purpose.<sup>43</sup>

### B. *Le soulèvement de 1837*

Dans son rapport du 6 novembre sur l'état de la province, Gosford dégage les implications du blocage institutionnel existant :

[U]nless some extraordinary powers be immediately placed in the hands of the local Executive, such as that of suspending the *Habeas corpus*, and declaring martial law over the whole or parts of the province, the tide of sedition cannot be stemmed but by resort to active military operations ; an alternative which I cannot contemplate without the most painful reluctance. The knowledge that the Executive possesses those powers, would probably produce such an effect on the minds of the ill-disposed, as to render unnecessary to exert them. In any event some prompt and decisive measure must be adopted by the Imperial authorities, to enable the machinery of the local government to perform its function ; it is now nearly at a standstill, and it would be idle to expect that either the present or a new House of Assembly, if summoned, would in any way assist in removing the serious difficulties that now exist [...].<sup>44</sup>

La réaction du Colonial Office aux craintes du gouverneur ne tarde pas. Le 6 décembre, en prévision du rappel de Gosford, Lord Glenelg émet ses recommandations au lieutenant-général Colborne, commandant des forces militaires. Il l'informe que les troupes seront renforcées, et lui recommande d'enrôler des volontaires le cas échéant. Lord Glenelg ne cache pas les conditions juridiques précaires dans lesquelles est envisagé le recours à la loi martiale :

The first and highest prerogative and duty of the Crown is the protection of those who maintain their allegiance against the enemies of order and peace. To repress by arms any insurrection or rebellion to which the civil power cannot be successfully opposed, is therefore a legitimate exercise of the royal authority ; and, in the attainment of this object, the proclamation of martial law may become indispensable.

It is superfluous to state with what caution and reserve this ultimate resource should be resorted to, and that it ought to be confined within the narrowest limit which the necessity of the case would admit. But if unhappily the case shall arise in any part of Lower Canada, in which the protection of the loyal and peaceful subjects of the Crown may require the adoption of this extreme measure, it must not be declined. Reposing the utmost confidence in

---

<sup>43</sup>Lettre du gouverneur Gosford au ministre colonial Lord Glenelg, *supra*, note 40 à la p. 73.

<sup>44</sup>Lettre du gouverneur Gosford au ministre colonial Lord Glenelg, 6 novembre 1837 dans *British Parliamentary Papers : Colonies Canada (1837-1838)*, *supra*, note 40, 102 à la p. 104. Deux jours auparavant, trois juges de paix de Montréal avaient reçu du solliciteur-général O'Sullivan, à leur demande, des informations légales sur l'attitude à adopter en cas d'émeute : voir la lettre du gouverneur Gosford au ministre colonial Lord Glenelg, 9 novembre 1837 dans *British Parliamentary Papers : Colonies Canada (1837-1838)*, *supra*, 110 à la p. 111.



your prudence, Her Majesty's Government are fully prepared to assume to themselves the responsibility of instructing you to employ it, should you be deliberately convinced that the occasion imperatively demands it. They will, with confidence look to Parliament for your indemnity and their own.<sup>45</sup>

En fait, les autorités coloniales au Bas-Canada n'attendent pas l'aval de Lord Glenelg. Dès le 20 novembre, le Conseil exécutif recommande de proclamer la loi martiale dans le district de Montréal.<sup>46</sup> Les escarmouches militaires de Saint-Denis et de Saint-Charles, les 23 et 25 novembre, précipitent les événements. Le 27 novembre, la Cour des sessions de la paix de Montréal, convoquée en session spéciale, supplie le gouverneur Gosford de placer le district sous un régime de loi martiale.<sup>47</sup> Trois jours plus tard, Gosford avise Lord Glenelg qu'il a recruté et armé 1050 volontaires à la solde du gouvernement, tout en autorisant la formation de corps de volontaires bénévoles. Il termine sa missive en avisant le ministre colonial qu'il envisage de proclamer la loi martiale dans le district de Montréal.<sup>48</sup> Le gouverneur avait reçu le même jour l'opinion juridique de C.R. Ogden et M. O'Sullivan, respectivement procureur général et solliciteur général de la province, concernant les droits du gouverneur en matière de loi martiale. Cette opinion est importante, car elle nous permet de déterminer le système d'argumentation juridique justifiant le recours à ce moyen extrême. Les juristes commencent par citer la *Petition of Right* de 1628, qui restreint la loi martiale aux militaires en temps de guerre, c'est-à-dire, dans le cas d'un conflit sur le territoire national, lorsque les cours ne peuvent siéger. Ogden et O'Sullivan réfèrent ensuite à l'opinion du premier procureur général de la province après la Conquête, G. Suckling, mettant en doute le droit du gouverneur de recourir à la loi martiale.<sup>49</sup> Cependant, écartant cette opinion,

<sup>45</sup>Lettre du ministre colonial Lord Glenelg au lieutenant-général J. Colborne, 6 décembre 1837 dans *British Parliamentary Papers : Colonies Canada* (1837-1838), *ibid.*, 114 à la p. 114.

<sup>46</sup>Voir « Report of the Executive Council, 20 novembre 1838 » dans *British Parliamentary Papers : Colonies Canada* (1837-1838), *ibid.*, 122. Le lendemain, le gouverneur Gosford demande au procureur général et au solliciteur général une opinion juridique en ce sens : voir *Archives publiques du Canada*, C.O. 42, t. 274, 145.

<sup>47</sup>« Court of Special Sessions of the Peace, 27 novembre 1837 » dans *British Parliamentary Papers : Colonies Canada* (1837-1838), *ibid.*, 137. Le juge de paix Denis-Benjamin Viger avait enregistré sa dissidence, alors que les juges Guy et Castonguay s'étaient abstenus.

<sup>48</sup>Lettre du gouverneur Gosford au ministre colonial Lord Glenelg, 30 novembre 1837 dans *British Parliamentary Papers : Colonies Canada* (1837-1838), *ibid.*, 131 aux pp. 133-34.

<sup>49</sup>L'opinion de Suckling vaut d'être citée :

There is [. . .] however after all that has been said a disagreeable kind of obscurity still remaining in the subject which I confess myself unable to remove nor do I think it a matter entirely without doubt that the King can in any case whatever, even in case of an invasion or a rebellion, establish Martial Law by his single authority in England, or delegate power of doing so to his Governor or Governors in Council in the American Colonies, seeing that the prohibition of the issuing of Commissions to exercise Martial Law in the famous *Petition of Right* above mentioned is expressed in these very general words which contain no exception whatever,

les légistes prennent plutôt appui sur deux lois, irlandaise et britannique, où la prérogative royale est expressément préservée.<sup>50</sup> Cette prérogative s'étendant, selon eux, *de facto* aux gouverneurs des colonies, il s'ensuit que Gosford est en droit de proclamer la loi martiale sans avoir recours à la sanction de l'Assemblée.<sup>51</sup>

Le rapport des juristes de la Couronne précise aussi que « so much only of the Civil Law (we speak of the Civil in contradistinction with the Military Law) as extends to open enemies or traitors would pass into the hands of those charged with the execution of Martial Law. »<sup>52</sup> On retrouve cette confusion, dénoncée plus tard par Holdsworth,<sup>53</sup> permettant d'imaginer une imposition *partielle et sélective* de la loi martiale. En effet, celle-ci semble bien avoir été imposée au Bas-Canada non pas tant comme un moyen extrême de réprimer la rébellion *armée*, mais comme solution alternative et plus expéditive pour *sanctionner les diverses infractions politiques à la loi*, face à l'impuissance des tribunaux réguliers. C'est du moins la justification donnée par les juges de paix de Montréal lorsque, le 5 décembre, ils réitèrent leur requête au gouverneur en faveur de la loi martiale.<sup>54</sup> Le même

---

and that hereafter no Commissions of a like nature may issue forth to any person or persons whatsoever to be executed as aforesaid lest by colour of them any of Your Majesty's subjects be destroyed or put to death contrary to the Laws and franchises of the land.

Voir la lettre de Ogden et O'Sullivan au secrétaire civil S. Walcott, 30 novembre 1837 dans *Archives publiques du Canada*, *supra*, note 46, 147.

<sup>50</sup>Voir *An Act for the Suppression of the Rebellion which still Exists within this Kingdom, and for the Protection of the Persons and Properties of His Majesty's Faithful Subjects within the Same*, et *An Act for the More Effectual Suppression of Local Disturbances and Dangerous Associations in Ireland*, *supra*, note 18.

<sup>51</sup>Voir la lettre de Ogden et O'Sullivan au secrétaire civil S. Walcott, *supra*, note 49 aux pp. 147-53. Notons que les articles des actes impériaux cités en appui à leur opinion juridique sont *déclaratoires* : ils préservent une prérogative estimée *déjà* existante. Quant au critère voulant que l'état de guerre doive être tel que les cours ne puissent siéger, les deux juristes l'interprètent très largement (à la p. 153) : « The functions of the ordinary legal tribunals may be considered as having virtually ceased. For although the Courts of Justice may sit with perfect security in the city of Montreal, we can hardly name any part of this district in which process of any description could be served or Writs executed by the ministry of Civil Officers ».

<sup>52</sup>*Ibid.* à la p. 153.

<sup>53</sup>Holdsworth, *supra*, note 1 à la p. 128.

<sup>54</sup>Voir, pour la requête des juges de paix au gouverneur, la lettre du gouverneur Gosford au ministre colonial Lord Glenelg, 6 décembre 1837 dans *British Parliamentary Papers : Colonies Canada (1837-1838)*, *supra*, note 40, 138 à la p. 141 :

[I]n the opinion of this meeting, the turbulent and disaffected persons who have incited the peasantry to rebel against Her Majesty's Government have been led on and encouraged in their career of crime by a firm belief that, whatever might be their political offences, they would not be declared guilty by any jury impanelled in the ordinary course of law; that the great mass of the population in this district having been engaged in aiding and abetting the late treasonable attempts, a fair and impartial verdict cannot be expected from a jury taken indiscriminately from the

jour, Gosford émet la proclamation plaçant le district de Montréal sous le régime de la loi martiale.<sup>55</sup>

Malgré la belle assurance des légistes de la Couronne, l'administration du régime de la loi martiale va poser deux problèmes majeurs aux autorités.

1.— D'abord se pose un problème de *sécurité légale*. Le 5 janvier 1838, le gouverneur Gosford demande à Lord Glenelg « whether whilst legislating for the affairs of the province, it would not be expedient to pass some bill of indemnity to place all recent proceedings beyond the reach of [...] ill-disposed parties. »<sup>56</sup> Le 17 mars, c'est au tour du lieutenant-général Colborne, le remplaçant de Gosford, de manifester son inquiétude. Le juge Rolland, au terme de la session de mars de la Cour du Banc du Roi à Montréal,<sup>57</sup> émet un bref d'*habeas corpus* en faveur de Peltier, Cherrier et Viger, emprisonnés en septembre 1837.<sup>58</sup> De plus, Colborne lui-même fait arrêter, « beyond the law probably », les éditeurs de la *Quotidienne* et du *Courrier canadien*. Face à ces actions, Colborne se permet d'espérer que « Her Majesty's Government will think it right to recommend the adoption of measures to prevent my being prosecuted by the factious party, or by individuals who have been checked in their career of mischief, when the Proclamation authorizing Martial Law is withdrawn. »<sup>59</sup>

En fait, les autorités impériales n'eurent pas à intervenir directement. Une loi du Parlement anglais, adoptée en janvier 1838, suspendait la cons-

legally qualified inhabitants, and that, unless measures are adopted to ensure the equal dispensation of justice, few, if any, even of the most guilty among the rebels, will receive the punishment justly due to their crimes; while the loyal and well-disposed will continue to be exposed to persecution and outrage from those who believe themselves beyond the reach of legal retribution.

<sup>55</sup>Voir « Proclamation issued by the Earl of Gosford, on the 5th December 1837, declaring Martial Law in the District of Montreal, in the Province of Lower Canada » dans *British Parliamentary Papers: Colonies Canada (1837-1838)*, *ibid.*, 140. Notons qu'une telle proclamation est plutôt un constat de fait qu'un acte légal attribuant un pouvoir spécifique au gouverneur : voir Holdsworth, *supra*, note 1 à la p. 129.

<sup>56</sup>Lettre du gouverneur Gosford au ministre colonial Glenelg, 5 janvier 1838, dans *Archives publiques du Canada*, C.O. 42, t. 279, 18. On a déjà vu que le ministre des colonies lui-même envisageait la nécessité d'accorder une protection légale rétroactive à tous les actes commis sous ce régime d'exception : voir la lettre du ministre colonial Lord Glenelg au lieutenant-général J. Colborne, *supra*, note 45.

<sup>57</sup>On aura remarqué que malgré le maintien de la loi martiale, la Cour siégeait normalement.

<sup>58</sup>Voir, pour le récit des procédures légales, la lettre de O'Sullivan au secrétaire civil Rowan, 17 mars 1838 dans *Archives publiques du Canada*, C.O. 42, t. 280, 198 aux pp. 198-99. O'Sullivan ajoute (à la p. 199) : « If the judges should decide that martial law, as declared by the last mentioned proclamation, is not in force, I cannot help reflecting upon the disagreeable situation in which His Excellency may be placed. » Sur cette affaire, voir aussi *Le Canadien* (30 avril 1838).

<sup>59</sup>Lettre du lieutenant-général Colborne au ministre colonial Lord Glenelg, 17 mars 1838 dans *Archives publiques du Canada*, *ibid.*, 196.

titution du Bas-Canada et prévoyait la mise sur pied d'un Conseil spécial nommé par le gouverneur.<sup>60</sup> C'est donc le Conseil spécial lui-même qui, le 28 avril 1838, adopta une loi garantissant une protection complète contre toute poursuite affectant les personnes ayant pris part à la répression de la rébellion depuis le 1er octobre 1837.<sup>61</sup>

Le 27 avril 1838, soit la veille, l'administrateur de la province, Colborne, avait révoqué la loi martiale.<sup>62</sup>

2.— Un deuxième problème d'envergure se pose, soit celui du sort réservé aux *rebelles prisonniers*. Le 5 janvier, Gosford explique la difficulté à Lord Glenelg. Estimant que « some examples, selecting the most notorious and prominent characters in the revolt, must be made », et qu'il est impossible de compter sur les jurys pour faire condamner les prisonniers, il avoue que « the only course for effecting this is by trial by Court Martial; I really, at this moment, do not see any other mode by which the ends of justice can be arrived at. »<sup>63</sup> Au même moment, Lord Glenelg, de son côté, recommande de « faire preuve d'une extrême prudence lorsqu'il s'agira d'exécuter toute sentence de mort prononcée contre des personnes déclarées coupables de crimes politiques », tout en donnant son avis sur la composition éventuelle des « conseils de guerre constitués pour juger les coupables ». <sup>64</sup>

<sup>60</sup>*An Act to Make Temporary Provision for the Government of Lower Canada (R.-U.)*, 1838, 1 Vict., c. 9, art. 2.

<sup>61</sup>*Ordonnance pour indemniser les personnes qui depuis le premier jour d'octobre mil huit cent trente-sept, ont participé à l'appréhension, l'emprisonnement ou la détention des personnes suspectées de haute-trahison ou de menées séditeuses, ou à la suppression d'assemblées illégales, et pour d'autres fins y mentionnées*, O.P.B.-C. 1838 (1ère session, Conseil spécial), 1 Vict., c. 10. Cette disposition fut rendue permanente par l'*Ordonnance pour rendre permanente certaines Ordonnances y mentionnées, pour pourvoir à l'indemnité des personnes qui peuvent avoir participé à la suppression d'assemblées illégales ou de menées séditeuses, et pour le jugement des personnes contre lesquelles des sentences ont pu être rendues par des Cours martiales*, O.P.B.-C. 1840 (5e session, Conseil spécial), 3 Vict., c. 10, art. 1. Notons que cette immunité couvre une période excédant celle de la mise en vigueur de la loi martiale.

<sup>62</sup>Un incident curieux, démontrant bien l'extrême fragilité de la justification sur laquelle reposait la loi martiale, mérite d'être relevé. En février 1838, le gouverneur Colborne émet une proclamation décrétant une journée de remerciement et de prières en l'honneur du couronnement de la reine Victoria. Ce document mentionnait notamment qu'un terme avait été mis à la rébellion. Cette déclaration, « thus virtually, as it may be supposed, discontinuing the Act declaring Martial law », le lieutenant-général dut émettre une autre proclamation, le 27 février, annonçant la continuation de la loi martiale ! Voir, sur cette affaire, la lettre de Colborne au ministre colonial Lord Glenelg, 28 février 1838, et « A Proclamation [émise le 27 février 1837] » dans *British Parliamentary Papers : Colonies Canada (1837-1838)*, *supra*, note 40, 200.

<sup>63</sup>Lettre du gouverneur Gosford au ministre colonial Lord Glenelg, 5 janvier 1838 dans *Archives publiques du Canada*, *supra*, note 56, 17.

<sup>64</sup>Lettre du ministre colonial Lord Glenelg au lieutenant-général Colborne, 6 janvier 1838 dans *Canada, Rapport sur les archives publiques pour l'année 1931* par A.G. Doughty, Ottawa, Imprimeur du Roi, 1932, 472 [traduction].

Or, malgré la tranquille certitude du ministre anglais, et contre toute attente, les légistes de la Couronne au Bas-Canada estiment, dans une opinion donnée le 24 janvier 1838, que la mise sur pied d'une cour martiale doit être considérée comme illégale, l'état d'insurrection ayant cessé et les cours régulières étant en mesure de tenir session. Citant une loi irlandaise de 1799,<sup>65</sup> ils affirment que l'intervention de l'assemblée législative est nécessaire à cette fin. Comme on ne peut se fier aux jurys canadiens, ajoutent-ils, et qu'il n'est certes pas question de convoquer les chambres bas-canadiennes, l'intervention d'une législation impériale devient nécessaire.<sup>66</sup> Face à l'incertitude de Colborne devant cette « most embarrassing question »,<sup>67</sup> Lord Glenelg l'informe, le 19 février, de la procédure à suivre :

With regard to the persons who have been apprehended for political offences and are now in confinement, Her Majesty's Government desire that such of them as you may not think it right at once to liberate should not be brought to trial, unless they can be tried by the ordinary tribunals of the country. In case, therefore, a reference to the ordinary tribunals should not, in your judgment, be yet advisable, a law ought to be passed for the suspension of the *Habeas Corpus Act*, which will enable you to detain such persons in prison till the arrival of Lord Durham. You will propose to the council this measure, if, for the reason I have stated, or for any other reason, you may think it expedient. You will thus be enabled immediately to revoke the proclamation of martial law in the district of Montreal, if still in force.<sup>68</sup>

Conséquemment, le 21 avril 1838, une ordonnance du Conseil spécial suspend l'*habeas corpus* jusqu'au 24 août suivant.<sup>69</sup>

En fin de compte, cinq mois de loi martiale avaient démontré l'efficacité, mais aussi l'incertitude des mesures d'exception. Mesure extrême de suppression de l'insurrection armée, la loi martiale, dans les mains des autorités coloniales, était devenue un simple moyen technique de mise de côté des tribunaux réguliers de la colonie. Les légistes, tout en maintenant la légalité de ce régime d'exception en période de calme relatif, avaient reculé devant

<sup>65</sup>*An Act for the Suppression of the Rebellion, supra*, note 18.

<sup>66</sup>Lettre de Ogden et O'Sullivan au capitaine Goldie, 24 janvier 1838 dans *Archives publiques du Canada, supra*, note 58, 62.

<sup>67</sup>Lettre du lieutenant-général J. Colborne au gouverneur Gosford, 24 janvier 1838 dans *Archives publiques du Canada, ibid.*, 46.

<sup>68</sup>Lettre du ministre colonial Lord Glenelg au lieutenant-général Colborne, 19 février 1838 dans *British Parliamentary Papers : Colonies Canada* (1839), vol. 10, 1 aux pp. 1-2.

<sup>69</sup>Ordonnance pour autoriser l'apprehension et la détention des personnes contre lesquelles il existe des charges de haute-trahison, et menées séditeuses, et pour suspendre, quant à ces personnes, pendant un temps limité, une certaine Ordonnance, y mentionnée, O.P.B.-C. 1838 (1ère session, Conseil spécial), 1 Vict., c. 4 [ci-après *Ordonnance pour autoriser la détention des personnes*]. Il est à noter que cette ordonnance ne suspend que l'*Ordonnance pour la sûreté de la liberté du sujet dans la province de Québec, et pour empêcher les emprisonnements hors de cette province*, O.P.B.-C. 1784, 24 Geo., c. 1, par laquelle on estimait le bref d'*habeas corpus* avoir été introduit au Bas-Canada.

la mesure ultime que constituait la formation d'une cour martiale. Enfin, la création du Conseil spécial avait permis d'octroyer aux responsables de la répression la protection légale nécessaire avant que la loi martiale ne soit abrogée. Ainsi lorsque, le 27 mai 1838, Lord Durham débarqua à Québec avec les pleins pouvoirs pour dénouer l'imbroglie colonial, les autorités étaient à l'abri de toute poursuite, mais le sort de 140 détenus restait à régler.<sup>70</sup> L'étude de la manière dont Lord Durham entreprit de régler ce dernier problème dépasse les limites de cette étude.<sup>71</sup> Les péripéties de cette affaire n'en constituent pas moins la séquelle inévitable des multiples difficultés légales encourues par un régime d'exception neutralisant le cours normal du droit criminel anglais. Néanmoins, quand éclate la seconde insurrection, le soir du 3 novembre 1838, le pouvoir colonial avait l'expertise et les moyens suffisants pour réagir avec vigueur.

### C. *Le soulèvement de 1838*

Dès septembre 1838, l'acquittement de Nicolas et Daunais, poursuivis à Montréal pour le meurtre de Joseph Armand dit Chartrand lors des rébellions de 1837, avait brutalement rappelé aux autorités l'hostilité des jurys canadiens à l'égard de toute poursuite pour crime politique.<sup>72</sup> Le 26 octobre 1838, le ministre colonial, Lord Glenelg, conclut à la nécessité d'ériger, de façon préventive et avant qu'une autre rébellion n'éclate, des tribunaux spéciaux :

Cet état d'insécurité requiert impérieusement un remède. C'est donc le désir du gouvernement de Sa Majesté qu'une ordonnance soit adoptée par le

---

<sup>70</sup>Sous le régime de la loi martiale, 515 suspects avaient été arrêtés, 340 furent libérés sous caution avant le 5 avril, et une trentaine d'autres après cette date : voir Filteau, *supra*, note 2 à la p. 389.

<sup>71</sup>L'affaire de l'*Ordonnance qui pourvoit à la sûreté de la province du Bas-Canada*, O.P.B.-C. 1838 (2e session, Conseil spécial), 2 Vict., c. 1, émise le 28 juin 1838 et désavouée par le ministère britannique, mériterait à elle seule une étude particulière. Contentons-nous de préciser qu'elle valut à Durham et à ses assistants une loi impériale d'immunité : *An Act for Indemnifying Those Who Have Issued or Acted under Certain Parts of a Certain Ordinance Made under Colour of an Act Passed in the Present Session of Parliament, Intituled An Act to Make Temporary Provision for the Government of Lower Canada* (R.-U.), 1838, 2 Vict., c. 112. Le débat à la Chambre des Lords sur cette ordonnance aura des conséquences que nous analyserons plus loin.

<sup>72</sup>Sur cette affaire, voir Greenwood, *supra*, note 3 aux pp. 61-62 ; Filteau, *supra*, note 2 aux pp. 293-94. Le jury n'avait délibéré qu'une demi-heure avant de rendre un verdict de non culpabilité basé, à la grande indignation du procureur général, « upon the grounds (and they were the only grounds urged in the defence) that pending a rebellion in which they took a part, the victim had been a spy and enemy to his country, and as such deservedly put to death by the sentence of his fellow-countrymen » : voir la lettre de C.R. Ogden au secrétaire en chef C. Buller, 19 septembre 1838 dans *British Parliamentary Papers : Colonies Canada* (1839), *supra*, note 68, 174.

Conseil spécial du Bas-Canada à l'effet de constituer un tribunal pour juger les cas de meurtre et de trahison.

En ce qui concerne la composition de ce tribunal, on ne veut pas enlever à Votre Seigneurie un pouvoir discrétionnaire. Peut-être de savants juges pourraient-ils seuls constituer un tribunal capable d'entendre ces procès ; peut-être serait-il préférable d'avoir des tribunaux se modelant davantage sur des conseils de guerre ou de combiner ces deux genres de tribunaux. Quoi qu'il en soit, il ne peut être difficile lorsque le jugement par jury a suscité le légitime mécontentement et l'indignation du peuple, de constituer des tribunaux plus impartiaux et plus compétents que les jurés actuels [...]. Il ne serait pas prudent de différer la constitution de ces tribunaux jusqu'à ce qu'une nouvelle insurrection ait éclaté : les objections qui ont induit le gouvernement de Sa Majesté à rejeter la proposition à l'effet de traduire les prisonniers, accusés d'avoir pris part à la récente révolte, devant de nouveaux tribunaux, constitués après la perpétration de ces crimes, subsisteraient toujours. On se plaindrait d'être jugé en vertu d'une loi rétroactive. Par conséquent, quoiqu'il soit tout à fait loisible de recourir, en des circonstances dont Votre Seigneurie connaîtra la gravité, à un pouvoir de détention et d'emprisonnement sans procès, c'est néanmoins le désir du gouvernement de Sa Majesté que vous élaboriez incessamment et proposiez au Conseil spécial une ordonnance à l'effet de constituer des tribunaux devant lesquels seront traduits les futurs rebelles et meurtriers. Ainsi les chefs des insurgés et les instigateurs de la rébellion recevront un avertissement ; et plus tard ils auront mauvaise grâce à se plaindre si leurs délits les rendent justifiables de ces tribunaux.<sup>73</sup>

Pourtant, point n'était besoin de rappeler à Colborne, de nouveau chargé de l'administration de la colonie après le départ de Durham, l'étendue de ses pouvoirs. Avant que la missive de Lord Glenelg n'arrive dans la colonie, les rassemblements armés qui se produisent du 3 au 8 novembre dans la campagne montréalaise persuadent le futur Lord Seaton que le moment de passer à l'action est venu. Il a sous la main un instrument docile, le Conseil spécial, qu'il convoque dès le 5 novembre. La veille, il avait émis une proclamation décrétant la loi martiale dans le district de Montréal. Du 5 au 24 novembre 1838, le Conseil spécial votera, dans une véritable furie répressive, une batterie de onze ordonnances abolissant, à toutes fins pratiques, le cours normal du droit criminel dans la colonie. Ces ordonnances

---

<sup>73</sup>Lettre du ministre colonial Lord Glenelg à Lord Durham, 26 octobre 1838 dans *Rapport sur les archives publiques pour l'année 1931*, *supra*, note 64, 519 à la p. 521 [traduction]. Quelques jours plus tard, le ministre tient à rassurer Colborne, qui venait de remplacer Durham :

[Y]ou may rely on the unequivocal sanction and firm support of the ministers of the Crown, in any further proceedings which, in the exercise of your powers as administrator of the Government, you may take for defeating intrigues against the public peace and the royal authority, even though these intrigues should be conducted in such a manner as not to render the authors of them, amenable to the legal tribunals in the ordinary course of law.

Voir à ce sujet la lettre du ministre colonial Lord Glenelg à Colborne, 19 novembre 1838 dans *British Parliamentary Papers : Colonies Canada* (1839), *ibid.*, 86.

édicte notamment : la saisie des armes et munitions ;<sup>74</sup> le pouvoir de réprimer militairement la rébellion et de constituer des cours martiales pour juger les insurgés, *nonobstant l'activité des tribunaux ordinaires* ;<sup>75</sup> la suspension de l'*habeas corpus* ;<sup>76</sup> la continuation de la loi martiale et la validité des cours martiales au gré du gouverneur ;<sup>77</sup> le droit de nommer des juges de paix et des magistrats stipendiaires nonobstant les règles de qualification admises ;<sup>78</sup> la mort civile (*attainder*) des prisonniers condamnés par les cours martiales ;<sup>79</sup> la prohibition des sociétés secrètes et des serments illégaux ;<sup>80</sup> et le pouvoir de faire juger les rebelles dans tout district, et de les faire emprisonner dans toute prison, au choix du gouverneur.<sup>81</sup>

<sup>74</sup>Ordonnance autorisant la saisie et la détention, pendant un temps limité, de la poudre, du plomb, des armes et autres munitions de guerre, O.P.B.-C. 1838 (3e session, Conseil spécial), 2 Vict., c. 2. Cette ordonnance semble s'inspirer de la loi britannique *An Act to Authorise Justices of the Peace, in Certain Disturbed Counties, to Seize and Detain Arms Collected or Kept for Purposes Dangerous to the Public Peace, to Continue in Force until the Twenty-Fifth Day of March One Thousand Eight Hundred and Twenty Two* (R.-U.), 1819, 60 Geo. 3, c. 2.

<sup>75</sup>Ordonnance pour la suppression de la rébellion qui existe malheureusement dans cette province du Bas-Canada, et pour la protection des personnes et des propriétés des fidèles sujets de Sa Majesté en icelle, O.P.B.-C. 1838 (3e session, Conseil spécial), 2 Vict., c. 3. Cette ordonnance est rétroactive au 1er novembre 1838. Elle s'inspire, en aggravant ses dispositions, de la loi britannique *An Act for the More Effectual Suppression of Local Disturbances and Dangerous Associations in Ireland*, *supra*, note 18.

<sup>76</sup>Ordonnance pour autoriser la détention des personnes, *supra*, note 69.

<sup>77</sup>Ordonnance pour déclarer et déterminer le temps où la rébellion qui malheureusement existe à présent dans cette province, sera censée avoir cessé, et pour d'autres fins, O.P.B.-C. 1838 (3e session, Conseil spécial), 2 Vict., c. 5.

<sup>78</sup>Ordonnance pour autoriser le gouverneur ou la personne administrant le gouvernement de cette province à nommer des personnes pour juges de paix et magistrats salariés, nonobstant un acte de la législature de la province du Bas-Canada, passé dans la sixième année du règne de feu Sa Majesté le roi Guillaume Quatre, et intitulé, « Acte pour la qualification des juges de paix », O.P.B.-C. 1838 (3e session, Conseil spécial), 2 Vict., c. 6.

<sup>79</sup>Ordonnance pour donner l'effet d'un *attainder* aux sentences ou jugements qui seront rendus par des cours martiales en vertu et sous l'autorité d'une ordonnance passée dans la seconde année du règne de Sa Majesté, intitulée, « Ordonnance pour la suppression de la rébellion qui existe malheureusement dans cette province du Bas-Canada, et pour la protection des personnes et des propriétés des fidèles sujets de Sa Majesté en icelle ; » et d'une autre ordonnance passée dans la dite seconde année du règne de Sa Majesté, intitulée « Ordonnance pour déclarer et déterminer le temps où la rébellion qui malheureusement existe à présent dans cette province, sera censée avoir cessé, et pour d'autres fins », O.P.B.-C. 1838 (3e session, Conseil spécial), 2 Vict., c. 7.

<sup>80</sup>Ordonnance pour empêcher plus efficacement de prêter des serments illégaux, et pour mieux prévenir les pratiques traîtresses ou séditiieuses, O.P.B.-C. 1838 (3e session, Conseil spécial), 2 Vict., c. 8. Les Francs-maçons sont soustraits à l'application de cette loi.

<sup>81</sup>Voir l'Ordonnance pour autoriser l'instruction dans quelque district que ce soit de cette province, du procès des personnes accusées de certains crimes et offenses, O.P.B.-C. 1838 (3e session, Conseil spécial), 2 Vict., c. 11 ; Ordonnance pour autoriser le gouverneur ou la personne administrant le gouvernement de cette province à faire confiner dans aucune des prisons de la dite province les personnes emprisonnées ou détenues sous accusation de certains crimes, ou pour d'autres fins, O.P.B.-C. 1838 (3e session, Conseil spécial), 2 Vict., c. 12.



La rétroactivité de l'ordonnance autorisant le jugement en Cour martiale apparaît particulièrement odieux. Colborne croit nécessaire, le 19 décembre, de s'en expliquer au ministre colonial :

The progress of the insurrection had been rapid and extensive, and as the prisoners, most of whom had been taken with arms in their hands, were hourly increasing, it was necessary to legislate not prospectively only, but for the punishment of offences already committed.

With reference to these considerations, I feel confident that Her Majesty's Government will approve of the ordinance which was proposed to the special council at that particular crisis, for the purpose of holding courts martial for the trial of offences to which I advert, confirming rather than introducing a form of trial which, although unusual, is not unknown, and which, without any abrupt innovation, will provide the only tribunal which, in the deplorable state of this province, could be relied on to dispense impartial justice between the Crown and the subject.<sup>82</sup>

À ce moment, 753 personnes avaient été arrêtées dans le seul district de Montréal. Dès le 28 novembre, une cour martiale avait été constituée. Elle siègera jusqu'au 8 mai 1839, avec les résultats que l'on connaît.<sup>83</sup> Cette cour semble avoir voulu suivre, plus ou moins fidèlement, la procédure criminelle régulière, notamment à l'égard des sentences émises.<sup>84</sup> En fait, le

<sup>82</sup>Lettre du gouverneur Colborne au ministre colonial Lord Glenelg, 19 décembre 1838 dans *British Parliamentary papers : Colonies Canada* (1839), *supra*, note 69, 273. Le gouverneur en profite pour justifier l'exécution de certains prisonniers (aux pp. 274-75) :

It is scarcely necessary for me to mention to your Lordship how painful is the duty which devolves on me at this moment. Convinced, however, that the safety of both provinces depends on the firmness and unhesitating decision of the executive government, and persuaded that the insurgents were in a great degree encouraged in the second revolt by the recollection of past impunity, and the hope of future amnesty, and receiving daily proof of the infatuation by which a large portion of the population have been drawn into a belief in the impotence of justice, I feel that severe examples have become indispensable and it only remains for me to consider how the cause of public justice can be vindicated with the least possible sacrifice of human life.

<sup>83</sup>Sur l'activité de la cour martiale, voir Filteau, *supra*, note 2 aux pp. 425-43 ; *Report of the State Trials before a General Court Martial Held at Montreal in 1838-9*, t. 1, 2, Montréal, Armour & Ramsay, 1839 [ci-après *Report of the State Trials*]. Voir aussi les remarques très pertinentes de Greenwood, *supra*, note 3 at 78-84.

<sup>84</sup>À ce sujet, un incident fort révélateur se produisit au début décembre : les premières sentences de la cour martiale prévoyaient une peine de déportation à vie. Elles durent être révisées le 14 décembre sur avis du procureur général : celui-ci estimait que la Cour ne pouvait réduire la sentence, le droit commun et la législation prévoyant la peine de mort pour crime de haute trahison. En fait, la loi de 1833 qui avait servi plus ou moins de modèle à la constitution de cette cour légalisait les peines de déportation, ainsi que l'ordonnance, mentionnaient que ces sentences seraient « whether of death or otherwise » : voir *An Act for the More Effectual Suppression of Local Disturbances and Dangerous Associations in Ireland*, *supra*, note 18, art. 18 ; *Ordonnance pour la suppression de la rébellion qui existe malheureusement dans cette province du Bas-Canada, et pour la protection des personnes et des propriétés des fidèles sujets de Sa Majesté en icelle*, *supra*, note 75, art. 1.

statut de la Cour martiale, étendant aux civils une juridiction de type militaire, impliquait un mélange hybride de droit militaire et de droit civil qui n'a pas peu contribué à la confusion des procédures.<sup>85</sup> Le président de la Cour martiale, le major-général Clitherow, en transmettant la requête des juges de la Cour pour une rémunération, insistait quant à lui sur le caractère *civil* de la juridiction assumée :

The individuals however brought to trial were civilians, consequently not amenable to the Mutiny Act. The proceedings were conducted as nearly as circumstances would permit in conformity with the criminal law under the direction of two eminent counsels [...]. The question whether it was a criminal court or court martial, must I apprehend be decided on the warrant alone, by which document the court was in fact constituted [...]. With regard to the establishment of a precedent viz that of employing military officers on civil duties without any remuneration, I shall venture to remark that the late trials were of sufficient importance to form a precedent and will probably be referred to on future occasions.<sup>86</sup>

Le flou juridictionnel et le caractère hâtif et bâclé de certaines mesures d'urgence<sup>87</sup> furent néanmoins protégés contre tout recours ou poursuite éventuelle par deux lois d'immunité légale couvrant respectivement les périodes du 1er novembre au 21 décembre 1838, et du 21 décembre 1838 au 13 avril 1839.<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup>Il semble bien que le solliciteur général du Bas-Canada, A. Stuart, ait initialement considéré illégale la constitution de la Cour martiale. Cette opinion est cependant contestée par les conseillers britanniques de la Couronne : voir la lettre de J. Campbell et R.W. Rolfe au ministre Lord Glenelg, [s.j.] janvier 1839 dans Canada, *Rapport sur les archives publiques pour l'année 1932* par A.G. Doughty, Ottawa, Imprimeur du Roi, 1933, 539 [traduction].

<sup>86</sup>Lettre de J. Clitherow au secrétaire militaire, 28 mai 1839 dans *Archives publiques du Canada*, C.O. 42, t. 296, 10.

<sup>87</sup>Un exemple de la précipitation brutale avec laquelle le Conseil spécial écartait tout obstacle à la répression est fournie par l'*Ordonnance pour déclarer que le chapitre second du statut du parlement d'Angleterre, passé dans la trente-et-unième année du règne de Charles Second, n'est pas et n'a jamais été en force dans cette Province, et pour d'autres objets*, O.P.B.-C. 1838 (3e session, Conseil spécial), 2 Vict., c. 15. Cette ordonnance invalidait les décrets d'*habeas corpus* accordés par la Cour du Banc du Roi en vertu de *An Act for the Better Securing of the Liberty of the Subject, and for Prevention of Imprisonments Beyond the Seas* (R.-U.), 1678, 31 Car. 2, c. 2. Les conseillers juridiques de la Couronne ont souligné, en termes polis, que le Conseil spécial n'avait pas le pouvoir de refaire l'histoire juridique de la province et l'ordonnance fut aussitôt rappelée : voir l'*Ordonnance qui révoque une certaine ordonnance intitulée, « Ordonnance pour déclarer que le second chapitre du statut du Parlement d'Angleterre, passé dans la trente-et-unième année du règne du Roi Charles Second, n'est pas, ni n'a jamais été en vigueur en cette province, et pour d'autres fins »* O.P.B.-C. 1839 (4e session, Conseil spécial), 2 Vict., c. 51 ; voir aussi la lettre de J. Campbell et R.W. Rolfe au ministre colonial Lord Glenelg, 6 février 1839 dans *Archives publiques du Canada, ibid.*, 546.

<sup>88</sup>*Ordonnance pour indemniser les personnes qui depuis le premier jour de novembre mil huit cent trent-huit, ont participé à l'appréhension, l'emprisonnement ou la détention des personnes suspectées de haute-trahison ou de menées, séditeuses, ou à la suppression d'assemblées illégales, et pour d'autres fins y mentionnées*. O.P.B.-C. 1838 (3e session, Conseil spécial), 2 Vict., c. 14 ;

Malgré la violence de la répression, la résistance à cette forme d'arbitraire légal ne tarda pas à se manifester. Le geste le plus célèbre fut peut-être la pétition de Louis-Hippolyte LaFontaine et Charles Mondelet, protestant contre les arrestations arbitraires et les mesures d'exception prises par le Conseil spécial, présentée par le député Leader aux Communes anglaises le 14 février 1839.<sup>89</sup> De même, Denis-Benjamin Viger, emprisonné le 4 novembre en même temps que LaFontaine et Mondelet, refusa de payer caution et exigea un procès régulier. Viger demeura en prison jusqu'en mai 1840.<sup>90</sup>

Les principales victimes des mesures prises par les autorités civiles étaient cependant les prisonniers passibles de sentences en cour martiale. Ceux-ci, conseillés par les avocats Drummond et Hart, entreprirent de contester la juridiction de la Cour, insistant sur le fait que « the offence or offences with which they stand charged, are cognizable only by a jury of the country, and that, by the mode of trial, and the means resorted to upon the present occasion, they are deprived of all constitutional means of defence. »<sup>91</sup> Cette plainte fut déboutée par les autorités, appuyées en cela par une opinion juridique de J. Campbell et R.W. Rolfe, légistes de la Couronne, confirmant la légalité de l'ordonnance du Conseil spécial à l'origine de la constitution de la Cour martiale :

Nous croyons que le pouvoir du Conseil spécial de légiférer en ce qui concerne le droit criminel et le mode de l'administrer dans le Bas-Canada, est suprême comme l'était celui de la législature du Bas-Canada avant qu'elle [ne] fut suspendue. S'il en est ainsi, on ne saurait, en droit, établir une distinction entre une ordonnance modifiant la forme du procès de ceux accusés de voies de fait ordinaires et arrêtant qu'ils seront assujettis à la justice sommaire d'un magistrat, au lieu d'être traduits devant un jury, et une ordonnance modifiant la forme du procès pour les cas de trahison et arrêtant que, au lieu de com-

---

*Ordonnance pour indemniser les personnes qui depuis le vingt-et-unième jour de décembre mil huit cent trente-huit, ont participé à l'appréhension, l'emprisonnement ou la détention des personnes suspectées de haute-trahison ou de menées séditiieuses, ou à la suppression d'assemblées illégales, et pour d'autres fins y mentionnées, O.P.B.-C. 1839 (4e session, Conseil spécial), 2 Vict., c. 66.*

<sup>89</sup>R.-U., H.L. *Parliamentary Debates*, 3e sér., t. 45, col. 353. La pétition fut déposée sans débat.

<sup>90</sup>Sur l'« Affaire Viger », voir G. Parizeau, *La vie studieuse et obstinée de Denis-Benjamin Viger*, Montréal, Fides, 1980 aux pp. 70-78 ; lettre du gouverneur Colborne au ministre colonial Marquis de Normanby, 6 mai 1839 dans *British Parliamentary Papers : Colonies Canada* (1840), *supra*, note 33, partie 1, 62 à la p. 65 ; lettre du gouverneur Colborne au ministre colonial Marquis de Normanby, 20 mai 1839 dans *British Parliamentary Papers : Colonies Canada* (1840), *supra*, partie 1, 86 aux pp. 86-87 ; lettre du gouverneur Colborne au ministre colonial Lord J. Russell, 18 octobre 1839 dans *British Parliamentary Papers : Colonies Canada* (1840), *supra*, partie 1, 153 aux pp. 153-54.

<sup>91</sup>« Protêt de Joseph Narcisse Cardinal *et al.*, 28 novembre 1838 » dans *Report of the State Trials*, t. 1, *supra*, note 83, 17 à la p. 77.

paraître devant le jury, ils passeront en conseil de guerre. L'acte de la 1ère de Victoria, c. 9, ne comporte aucune exception pour les cas de trahison et la mode d'instruire le procès à cet effet peut être modifié tout autant que celui qu'on entendrait pour tout autre espèce de délit.<sup>92</sup>

Pourtant, cette question de l'interprétation des pouvoirs de l'*Act to Make Temporary Provisions for the Government of Lower Canada*<sup>93</sup> fut à la source d'un obstacle autrement menaçant pour les autorités : « l'insurrection du Banc ». <sup>94</sup> En effet, cette loi impériale stipulait :

Nor shall it be lawfull by any such Law or Ordinance to repeal, suspend or alter any Provision of any Act of the Parliament of Great-Britain, or of the Parliament of the United Kingdom, or of any Act of the Legislature of Lower Canada as now constituted, repealing or altering any such Act of Parliament.<sup>95</sup>

Déjà, en août 1838, un virulent débat à la Chambre des Lords avait jeté un fort doute sur le pouvoir du Conseil spécial de modifier le droit criminel, étant donné la restriction que l'on vient de citer.<sup>96</sup>

Or, le 21 novembre 1838, à Québec, les juges Philippe Panet et Elzéar Bédard, de la Cour du Banc de la Reine, émettent un bref d'*habeas corpus* en faveur de John Teed, soupçonné de trahison. Ce geste est en directe contradiction avec l'*Ordonnance pour autoriser la détention des personnes*, adoptée le 8 novembre par le Conseil spécial.<sup>97</sup> Dans leur décision, les juges estiment que le Conseil spécial a outrepassé ses pouvoirs en adoptant cette ordonnance, étant donné les dispositions de la loi impériale constituant ce Conseil.<sup>98</sup> Peu après, soit le 6 décembre, le juge assistant de Trois-Rivières,

<sup>92</sup>Lettre de J. Campbell et R.W. Rolfe au ministre colonial Lord Glenelg, [s.j.] janvier 1839 dans *Rapport sur les archives publiques pour l'année 1932*, *supra*, note 85, 541 aux pp. 541-42 [traduction].

<sup>93</sup>*Supra*, note 60.

<sup>94</sup>L'expression, employée à l'époque par les partisans de l'autorité coloniale, a été reprise par Filteau, *supra*, note 2 à la p. 427. L'interprétation par ce dernier auteur de l'argumentation légale dans cette affaire est cependant déficiente.

<sup>95</sup>*An Act to Make Temporary Provision for the Government of Lower Canada*, *supra*, note 60, art. 3. Cette disposition résulte d'un amendement ajouté lors des débats aux Communes, à l'initiative de Sir W. Follett, député de l'opposition ; voir R.-U., H.L., *Parliamentary Debates*, 3e sér., t. 40, col. 476 et s., notamment aux col. 590-96.

<sup>96</sup>Voir R.-U., H.C., *Parliamentary Debates*, 3e sér., t. 44, col. 1019-35, 1056-1102, 1127-46, 1160-66 et 1172-4. Lord Denman, notamment, y exprima l'opinion (à la col. 1162) que l'amendement Follett rendait inopérante l'ordonnance de Durham prévoyant la déportation sans jugement des prisonniers politiques.

<sup>97</sup>*Supra*, note 69.

<sup>98</sup>Le jugement est publié *in extenso* dans *Le Canadien* (23 novembre 1838), et l'argumentation de l'avocat, dans [*Quebec*] *Gazette* (26 novembre 1838). En octobre, le juge Panet, dans une opinion minoritaire donnée dans l'affaire *Ex parte Firmin Moreau*, avait estimé l'*Ordonnance pour établir un système de police effectif dans les villes de Québec et de Montréal*, O.P.B.-C. 1839 (2e session, Conseil spécial), 2 Vict., c. 2, invalide, et ce, pour les mêmes raisons : voir *British Parliamentary Papers : Colonies Canada* (1839), *supra*, note 68 à la p. 219.

Joseph-Rémi Vallières de Saint-Réal, se fondant sur la même interprétation, émet à son tour un bref d'*habeas corpus* en faveur de Célestin Houde.<sup>99</sup> Cette prise de position des trois juges menace de réduire à néant presque toutes les mesures d'exception prises par le Conseil spécial. C'est pourquoi les autorités s'empressent de solliciter l'avis des autres juges et des conseillers juridiques de la Couronne. À l'unanimité, les réponses affirment la légalité des ordonnances du Conseil, estimant que les trois juges ont méinterprété la restriction édictée par la loi impériale.<sup>100</sup> Conséquemment, Panet et Bédard sont suspendus de leurs fonctions ; Vallières de Saint-Réal subit le même sort le 27 décembre. Finalement, le 25 janvier 1839 les juristes impériaux rendent une opinion qui entérine les ordonnances du Conseil en cette matière.<sup>101</sup>

La suspension des juges dissidents, qui devait durer jusqu'au 8 août 1840, marque certes le moment le plus critique de l'histoire des mesures d'exception au Bas-Canada lors des rébellions de 1837-1838. Une fois ce dernier obstacle écarté, Colborne fut en mesure de maintenir la loi martiale jusqu'au 24 août 1839 dans le district de Montréal.<sup>102</sup> Cependant, dès la reprise du cours normal de la justice, en septembre 1839, le procès Jalbert vint rappeler aux autorités les difficultés persistantes que rencontrerait toute tentative pour faire sanctionner par un jury les crimes politiques commis lors des rébellions. Cette affaire devait mettre un terme, à toutes fins pra-

<sup>99</sup>Jugement publié dans le *Le Canadien* (10 décembre 1838).

<sup>100</sup>Voir les opinions de J. Stuart, juge en chef, M. O'Sullivan, G. Pyke et S. Gale, juges, 7 décembre 1838 dans *Archives publiques du Canada*, C.O. 42, t. 281, 479 ; l'opinion de C.R. Ogden, procureur général, 27 décembre 1838 dans *Archives publiques du Canada*, supra, 487 ; l'opinion de A. Stuart, solliciteur général, 23 décembre 1838 dans *Archives publiques du Canada*, supra, 489. Seul le juge Rolland s'abstint de répondre à la requête du gouvernement. Cependant, il refusa, en janvier 1839, d'accéder à une demande de bref d'*habeas corpus* : voir la lettre du gouverneur Colborne au ministre colonial Lord Glenelg, 21 janvier 1839 dans *Archives publiques du Canada*, C.O. 42, t. 293, 86. Enfin, le 11 février 1839, les juges Stuart et Bowen réitérèrent leur position en déboutant une autre demande du même type de la part de J. Tced, renversant la décision des juges Panet et Bédard : voir le libellé du jugement dans la [*Quebec*] *Gazette* (18 février 1839).

<sup>101</sup>Lettre de J. Campbell et R.M. Rolfe au ministre colonial Lord Glenelg, 25 janvier 1839 dans *Rapport des archives publiques du Canada pour l'année 1932*, supra, note 64, 539. Le gouvernement impérial, en maintenant la suspension des juges tout en continuant à leur verser leur salaire, était cependant placé devant un dilemme troublant : « Either they must take the chance of a Report favorable to the Judges from the Judicial Committee, or they must on the ground of state necessity or expediency confirm the suspension of the judges by removing them without further investigation, or rather with the refusal of an investigation. » Voir la copie anonyme d'un rapport sur la suspension des juges, dans *Archives publiques du Canada*, C.O. 42, t. 295, 157. Précisons que toute décision des juges de la Cour du Banc de la Reine ne pouvait être remise en cause que par les tribunaux d'appel réguliers.

<sup>102</sup>Dans le district de Saint-François, la loi martiale, imposée le 16 novembre 1838, fut abrogée par proclamation le 16 avril 1839.

tiques, aux procédures judiciaires intentées contre les rebelles bas-canadiens.<sup>103</sup>

### Conclusion

L'histoire de l'adoption de mesures d'exception au Bas-Canada en 1837-1838 est révélatrice à plusieurs titres. Elle nous renseigne d'abord, indirectement, sur les forces et les faiblesses de la stratégie patriote lors des rébellions. S'appuyant sur la légitimité constitutionnelle conférée par la structure spécifique du droit britannique, les Patriotes ont d'abord entrepris, avec un succès certain, de contrôler ou de neutraliser les structures locales d'autorité. Cette tactique, utilisée à profit par les Américains à la veille de la guerre d'Indépendance, n'était cependant pas relayée, au Bas-Canada, par une véritable capacité de résistance militaire. En conjoncture coloniale, une telle faiblesse allait s'avérer fatale. La moindre escarmouche militaire pouvait fournir aux autorités le prétexte pour recourir à des mesures d'exception, et briser du même coup la guérilla légale entreprise en septembre 1837.

Néanmoins, l'incertitude du pouvoir colonial face au traitement des prisonniers politiques montre bien que les Patriotes, en s'attaquant aux structures locales de l'administration civile et judiciaire, avaient pris de court les autorités. La création, par le pouvoir impérial, d'une structure législative subrogatoire et la dévolution de capacités exceptionnelles d'intervention à l'exécutif colonial donnèrent au gouvernement les moyens de réagir rapidement à la seconde insurrection de novembre 1838. À cette occasion, l'impuissance des Patriotes à dépasser la résistance légale apparut dans toute son ampleur.

D'autre part, les mesures prises par les autorités impériales et coloniales nous révèlent que la leçon de 1775 avait été fort bien apprise. Au long des multiples tensions coloniales vécues depuis la fin du dix-huitième siècle, le gouvernement britannique avait développé une expertise certaine en matière de répression. La rapidité avec laquelle le cours normal du droit anglais pouvait être interrompu et la mise à l'écart précipitée des procédures régulières ont été à la source d'une évolution légale spécifique aux colonies et dépendances anglaises : pour la première fois depuis la révolution anglaise, la loi martiale recevait un statut spécifique dans l'administration des populations civiles.<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup>François Jalbert, accusé du meurtre du lieutenant Weir, était emprisonné depuis le 12 décembre 1837. Le jury ne put s'entendre sur le verdict : voir la lettre du gouverneur Colborne au Marquis de Normanby, 14 septembre 1839 dans *British Parliamentary Papers : Colonies Canada* (1840), *supra*, note 33, 96 à la p. 96 et aux pp. 97-113, pour une reproduction du déroulement du procès.

<sup>104</sup>En ce sens, l'expérience irlandaise s'avéra inestimable, et ce dès le soulèvement de 1798.

Ainsi, dans le contexte colonial, la loi martiale reprit la place qu'elle occupait naguère dans l'arsenal des ressources accessibles à la Couronne en cas d'insurrection. Plus encore, son usage systématique dans les colonies et dépendances en fit non seulement un moyen de répression en cas d'urgence, mais aussi une procédure pratique de neutralisation des juridictions ordinaires permettant de prolonger l'arbitraire légal *après* la suppression d'une insurrection armée. L'expérience bas-canadienne est un cas exemplaire de cette procédure de mise à l'écart de la règle de droit au profit d'un régime d'exception.

Dans cette conjoncture, et à l'ère des révolutions démocratiques et nationales, la légalité apparaissait sous son vrai jour : celui d'un système normatif de régulation sociale toujours susceptible de céder à la loi du plus fort.

### Épilogue...

Soixante-quinze ans, presque jour pour jour, après l'abolition définitive de la loi martiale au Bas-Canada, le Parlement canadien adoptait la *Loi sur les mesures de guerre*,<sup>105</sup> conférant ainsi au gouverneur en conseil de larges pouvoirs d'intervention en période de conflit militaire, d'invasion, ou d'*insurrection appréhendée*. Le pouvoir exécutif recevait donc, de façon permanente cette fois, des armes que la Couronne anglaise n'avait utilisées qu'aux limites de l'arbitraire légal. Au Québec, octobre 1970 allait démontrer les implications de ce geste.

---

<sup>105</sup>S.C. 1914, c. 2 [adoptée le 22 août 1914, tandis que l'abolition de la loi martiale date du 24 août 1839]. Voir D.E. Smith « Emergency Government in Canada » (1969) 50 Can. Historical Rev. 429.