
BOOK REVIEWS

CHRONIQUE BIBLIOGRAPHIQUE

Jean-Manrice Brisson, *La formation d'un droit mixte : L'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*. Montréal, Thémis, 1986. Pp. 178 [\$25]. Commenté par H. Patrick Glenn.*

M. Brisson fait oeuvre, en ces temps modernes, de pionnier. Etudier, de façon détaillée et dans un domaine donné, la formation — et le fonctionnement aussi — d'un droit mixte, ce n'est pas suivre un chemin large et bien tracé. Et pourtant, il nous faut ce travail de pionnier, car la mixité des sources de droit est un phénomène en pleine expansion, dont la renaissance devrait nous amener à une réévaluation, et à une meilleure compréhension, de ses antécédents historiques. C'est ce que M. Brisson a parfaitement réussi dans un petit livre riche d'enseignements, coiffé d'une préface élégante sous la plume de M. André Morel, et qui couvre en matière processuelle une période d'exactly quatre-vingt-treize ans, de l'Acte de Québec jusqu'à la codification de 1867. Si l'auteur nous prévient que son intention n'est pas de présenter « un portrait intime, complet [m] encore moins définitif »¹ de son sujet, il n'en reste pas moins que la densité de son oeuvre nous empêche d'en rendre compte fidèlement et avec la précision souhaitable. Tout au plus pouvons-nous concentrer nos commentaires sur trois thèmes qui semblent être au coeur des réflexions de l'auteur, et qui illustrent la grande contribution que représente son livre.

Le premier thème est d'ordre processuel et comparatif. En 1774, le système processuel des tribunaux de *common law* d'Angleterre tirait déjà à sa fin. Le dix-neuvième siècle verrait l'abolition des formes d'action, le déclin du jury et le triomphe du droit substantif (souvent emprunté, cependant, à la doctrine française). Dans le cadre anglais, c'était le droit et la procédure du tribunal du Chancelier qui seraient dorénavant dominants. Ainsi une conception surtout romano-canonique de la procédure, longtemps présente dans les institutions anglaises,² est venue remplacer en grande partie la particularité anglaise dans le domaine. À partir du dix-neuvième siècle

*De la Faculté de droit, Université McGill.

¹J.-M. Brisson, *La formation d'un droit mixte : L'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Thémis, 1986 à la p. 26.

²M. van Caenegem a ainsi conclu que les institutions et la procédure en cause furent « of a mixed nature, partly common law, partly romano-canonical » et que le développement de la *common law* elle-même fut « anything but purely English » : voir R.C. van Caenegem, « History of European Civil Procedure » dans *International Encyclopedia of Comparative Law*, t. 16, Taabingen, J.C.B. Mohr, 1978 aux pp. 71 et 31.

seul le caractère fortement contradictoire de la procédure anglaise la démarquerait nettement des systèmes continentaux. En France, un système de procédure conçu depuis longtemps comme instrument de mise en oeuvre de droits subjectifs subissait néanmoins des changements. À ses origines surtout germaniques, qui favorisaient l'oralité et le rôle des parties, se sont greffés des éléments romano-canoniques ; ce mouvement vers la procédure écrite et parfois secrète que combattaient déjà les auteurs du Code Louis de 1667 (introduit plus tard en Nouvelle-France) devait aussi provoquer des efforts infructueux d'introduction du jury en matières civiles (et cela en France) en 1790, 1793 et 1848.³ Malgré ces mouvements d'opposition au modèle romano-canonique, cependant, la procédure française ne pouvait pas être qualifiée de contradictoire dans le sens anglais, et le rôle du juge dans l'application du droit substantif demeurait très important. Quel système de procédure verrait-on dans la colonie anglaise de Québec, à partir de 1774 ? Il existait un droit substantif écrit au Québec, que devait garantir après de longs débats l'Acte de Québec. Le Code Louis de procédure, moyen de mise en oeuvre de ce droit substantif, fut aussi retenu, mais les Anglais de la nouvelle colonie luttèrent pour l'instauration d'un système de procédure qui s'approcherait du leur. En 1777, ils réussirent à introduire l'un des fondements du système anglais de *forms of action*, l'autorisation judiciaire préalable au bref introductif d'instance.⁴ Ce mécanisme, d'apparence très technique, est d'une importance capitale pour un système processuel, car si l'autorisation préalable est requise on peut envisager qu'elle ne soit pas accordée dans des cas précis. Ainsi le droit d'agir en justice n'est pas reconnu, le droit substantif est inexistant là où l'on ne peut agir et la notion même d'un droit substantif peut disparaître derrière des formes d'action qui doivent être méticuleusement suivies lorsque l'autorisation à poursuivre est accordée. C'est la totalité du système anglais (du moins des tribunaux de *common law*) qui surgissait ainsi derrière l'idée de l'autorisation préalable d'agir en justice.

Cependant, en regardant de plus près les réformes de 1777, et leurs suites, on voit comment on restait loin du système anglais et comment toute tentative d'introduire le système juridique anglais dans sa totalité se heurtait au corpus de droit substantif, réfractaire par sa nature au système de formes d'action. Ainsi la procédure mise en place par la législation de 1777 ne s'appliquait qu'aux causes qui valaient plus que dix livres sterling et elle prit la forme d'une réquisition au juge saisi pour qu'il accorde un bref d'assignation sur la simple demande d'un plaignant. Il n'y avait donc pas de brefs distincts avec des formes d'action particulières à chaque bref, et le

³*Ibid.* aux pp. 60-63 et 95.

⁴*Ordonnance qui règle les formes de procéder dans les Cours civiles de judicature établies dans la Province de Québec*, O.P.Q. 1777, 7 Geo. 3, c. 2.

droit d'agir en justice, sur le fond du droit substantif, était et restait acquis, sous réserve de ce qui n'était en réalité qu'une formalité, l'autorisation judiciaire. La déclaration du plaignant accompagnait le bref lors de l'assignation, d'ailleurs, ce qui indique comment le fond de l'affaire avait pris le dessus sur la forme. Ce système d'autorisation judiciaire était encombrant et formaliste, n'ayant aucune utilité véritable dans un régime de droit substantif dont l'application à tous sans distinction faisait en principe par simple demande adressée à un magistrat de profession. Il fut donc aboli vingt-quatre ans plus tard, en 1801,⁵ et la procédure civile du Québec illustre déjà l'incompatibilité du droit anglais de l'époque avec la notion de droit substantif. Notre propos pour l'instant n'est de juger ni l'un ni l'autre système, mais d'indiquer comment les tentatives locales d'introduire la procédure anglaise de l'époque furent condamnées d'avance par l'Acte de Québec de 1774. On peut en dire autant dans d'autres domaines, notamment en ce qui concerne le jury civil, dont l'existence au Québec ne pouvait être plus assurée qu'en Angleterre. M. Brisson en conclut qu'il ne s'agissait pas « d'une implantation massive du droit anglais. »⁶ Grâce à ces recherches nous sommes en mesure de comprendre le pourquoi de ce phénomène.

Une question importante persiste, cependant, car si les Anglais de la colonie échouèrent dans la tentative de greffer un système moribond de formes d'action sur un fond de droit civil, on sait maintenant que leur arrivée allait accentuer le caractère contradictoire, oral et public du droit processuel du Québec. Les éléments germaniques du Code Louis étaient même surpassés par le système anglais de l'époque et le caractère investigateur du modèle romano-canonique semble avoir été vite écarté. Ce processus se termina par l'élimination de l'Enquête dans le *Code de procédure civile* de 1897, et l'auteur dans les dernières lignes de son ouvrage souhaite que soit entreprise une analyse historique des réformes de 1897 et de 1965.⁷ Nous ne pouvons qu'exprimer l'espoir qu'il en prenne l'initiative. Il s'agit, question d'envergure, de savoir si le système anglo-germanique de procédure contradictoire ne doit sa survie actuelle qu'aux intérêts du barreau et aux habitudes enracinées de la magistrature. Le droit subjectif implique-t-il nécessairement un rôle plus important de la part du juge ? Les droits continentaux ont répondu il y a très longtemps à cette question ; les pays de *common law* se la posent. Il y aura peut-être une autre étape dans l'évolution de la procédure civile québécoise, mais nous sommes loin de pouvoir en prévoir aujourd'hui la teneur.

⁵*Loi pour amender certaines formes de procéder dans les Cours de juridiction civile de la province, et pour faciliter l'administration de la justice*, L.B.-C. 1801, 41 Geo. 3, c. 7.

⁶*Supra*, note 1 à la p. 46.

⁷*Ibid.* à la p. 164.

Le deuxième thème de l'auteur, qui n'est pas sans lien avec le premier, c'est « l'ampleur qu'a fini par prendre la loi comme source d'expression de la procédure civile. »⁸ Surtout à partir de 1843, il existait « une volonté univoque de faire de la loi une source prédominante »,⁹ et si cette priorité accordée à la loi s'alignait sur la tradition civiliste de l'époque, son effet au Québec, selon l'auteur, n'était pas des plus heureux. D'une part, le Code Louis devenait de moins en moins le droit commun dans le domaine — l'ancien droit perdait ses prises — et d'autre part les interventions législatives ponctuelles n'avaient pas été rassemblées dans un corpus unique (du moins jusqu'à la codification de 1867), de sorte qu'il existait une véritable « concurrence de principe des sources législatives de la procédure civile de l'époque. »¹⁰ Qui plus est, les codifications de 1867, 1897 et 1966 n'ont vraiment pas remédié à ce phénomène et la législation ponctuelle continue à proliférer aujourd'hui.¹¹ La juridiction mixte qu'est le Québec est ainsi entraînée dans l'effort colossal — et quasiment universel dans le monde occidental — de rendre « efficace » le système processuel. Ainsi l'Angleterre a connu son premier « code » de procédure (les *Rules of Practice*) en 1875, refait en 1883 et 1965 ; le Code Louis en France a lentement disparu derrière la codification de 1806, les réformes de 1838, 1841, 1858, 1862, 1867 et la recodification du vingtième siècle. Pourquoi cette activité législative frénétique ? Au fond, c'est peut-être parce que la procédure sert à faire reconnaître les droits subjectifs — et dans la mesure où ces droits paraissent délaissés, c'est le système entier qui est remis en cause. Comment affirmer que les gens *ont* des droits si pour en jouir il leur faut lutter devant les tribunaux, chacun de sa propre initiative et à ses propres frais, souvent pendant fort longtemps ? La procédure étant confinée par l'essor du droit subjectif à l'état d'instrument, de moyen braqué sur une fin, on s'empresse de la réaménager dès qu'elle paraît ne pas remplir son rôle. La matière est trop importante pour être abandonnée à la voie judiciaire, même en Angleterre, et des législateurs successifs reviennent sans cesse à la charge. À la rigueur, il faut peut-être engager le juge dans la procédure même, sur directive législative, pour s'assurer que la protection des droits n'est pas laissée à la seule initiative des parties. La dominance législative dans le domaine coïncide avec l'essor de la procédure dite investigatrice. Cependant, dans la mesure à le milieu judiciaire reste réfractaire à ces mesures, il faut de nouveau constater que le droit subjectif est une création fragile et que tout dépend ultimement de l'acte de décision. Si la juridiction mixte se prête moins facilement à la refonte du droit de la procédure, ce ne serait pas nécessairement une mauvaise chose mais, comme l'indique de façon si complète M. Brisson, la

⁸*Ibid.* à la p. 70.

⁹*Ibid.* à la p. 68.

¹⁰*Ibid.*

¹¹*Ibid.* Voir la discussion des réformes législatives aux pp. 17-22.

juridiction mixte semble bien être, sur ce point, une juridiction comme les autres.

On ne saurait dire de même au sujet du troisième thème de l'auteur, qui déborde largement le cadre processuel et est peut-être le plus riche sur un plan théorique. C'est le thème de la « dynamique des conflits judiciaires »,¹² le choix des sources en cas de conflit de lois sur les controverses qui jaillissent constamment de la pratique processuelle. C'est d'abord par une hiérarchie formelle des sources que l'auteur aborde le problème, en commençant par l'ancien droit et en progressant à travers les sources de « droit local », mais son analyse n'est nullement limitée à cette hiérarchie formelle et vise effectivement à dégager la dynamique du processus de choix. Ainsi ce serait par des critères de « prépondérance » et de « pertinence »¹³ que les sources locales ont lentement pris le pas sur le Code Louis, et les sources législatives ont occupé la place qui était la leur en partie à cause du peu d'importance attachée à l'époque à la rédaction et à la publication de décisions judiciaires.¹⁴ Devant la multiplication des sources, deux phénomènes curatifs se dégagent : d'abord « la conciliation ou la hiérarchisation des textes, selon que le juge estime que, dans les circonstances, ils peuvent ou non continuer de coexister » ;¹⁵ et deuxièmement l'importance accrue attachée à l'usage et à la pratique (même d'un seul tribunal) comme sources d'obligation. Cette pratique conduisait à une stabilité remarquable, qui semble bien avoir eu préséance en certains cas sur des textes de loi.¹⁶ Des sources métropolitaines sont aussi disponibles, mais à l'instar du *Code civil* français, « véritable Eldorado de la jurisprudence »¹⁷ selon le mot de Bibaud, le *Code de procédure civile* français n'est invoqué qu'exceptionnellement,¹⁸ tandis que le choix du droit anglais déborde les cas précis d'introduction d'institutions anglaises (jury, brefs prérogatifs et *capias*).¹⁹ Ce dernier phénomène est sans doute relié au rôle de l'avocat dans ces juridictions à l'époque, et le caractère contradictoire ou investigateur de la procédure demeure ainsi le critère de démarcation des systèmes modernes, une fois les formes d'action abandonnées. Le choix d'un droit étranger serait ainsi fixé dans une certaine mesure par les caractéristiques structurelles d'un régime, ce qui expliquerait à la fois le rejet des formes d'action anglaises et l'appel plus tard à certaines institutions de la procédure contradictoire anglaise, la procédure française ayant pris plus rapidement le chemin romano-canonique.

¹²*Ibid.* à la p. 73 et s.

¹³*Ibid.* à la p. 79.

¹⁴*Ibid.* à la p. 75.

¹⁵*Ibid.* à la p. 77.

¹⁶*Ibid.* à la p. 114.

¹⁷*Ibid.* à la p. 143.

¹⁸*Ibid.* à la p. 145.

¹⁹*Ibid.* à la p. 99 et s.

Ainsi, M. Brisson fait plus que démontrer l'intérêt inhérent de l'étude historique de la procédure civile. Il fait voir aussi comment cette étude doit être liée à la théorie générale des sources de droit (car il est vain de juger les sources dans l'abstrait) et comment cette théorie ne peut se limiter à décrire une hiérarchie formelle et étatique. Elle doit plutôt englober ce qui se fait dans la pratique du droit, car c'est dans la pratique quotidienne que le droit se fait. Nous comprenons mieux maintenant comment cette pratique se faisait au Québec, au dix-huitième et au dix-neuvième siècle, et pourquoi cette pratique est digne du nom de droit.

Donald R. Kelley, *Historians and the Law in Postrevolutionary France*. Princeton, N.J., Princeton University Press, 1984. Pp. 184 [\$22.50]. Commenté par P. Rémy.*

Ce petit livre passionnant est d'un historien de l'histoire, en quête des causes et des manifestations d'un phénomène intellectuel marquant de la Restauration : l'émergence, puis le triomphe, d'une « nouvelle histoire », dans l'oeuvre de Guizot, Thiers, Mignet, Thierry, Barante, Michelet et Quinet. En quoi un tel livre peut-il toucher les juristes ? Le titre l'annonce : les « nouveaux historiens » s'intéressent au droit — et les juristes d'alors s'intéressent à la « nouvelle histoire ». On ne le savait pas assez. On saura maintenant que ce moment de l'histoire des idées est capital pour l'intelligence de la pensée juridique française.

Un des clichés les plus persistants dans les Facultés de droit françaises présente encore les juristes du dix-neuvième siècle comme une phalange de plats commentateurs du *Code*, sans curiosité « scientifique » et sans passion politique, qui auraient traversé les turbulences de leur temps accrochés au seul verbe de la loi, comme des naufragés à un radeau. Ces glossateurs du *Code Civil* n'auraient pas vu, et encore moins compris, la société civile en transformation ; le grand remuement des idées, entre 1815 et 1848, n'aurait pas touché ce petit isolat de juristes, tous atteints de crampe exécutive.

*Historians and the Law in Postrevolutionary France*¹ contribuera à redresser cette erreur indéfiniment rabâchée. Il est bon que cette vision neuve nous vienne d'un historien américain — un civiliste français crierait sans doute dans le désert. On apprendra d'abord, dans cette oeuvre, quel rôle ont joué les juristes français de la première moitié du dix-neuvième siècle dans ce mouvement de la « nouvelle histoire ». Derrière cela, on saisira mieux leurs tendances philosophiques et leurs lueurs politiques.

Une pléiade de juristes à peu près oubliés — en tous cas peu lus — a joué un rôle non négligeable dans la diffusion de la « nouvelle histoire » et de l'historicisme dès le début du dix-neuvième siècle. Mieux, M. Kelley démontre que le droit, tel que le comprenait encore une tradition persistante (en dépit de la césure révolutionnaire) était alors l'un des lieux où s'exprimait le plus aisément « a sort of instinctive historical mentality that was a necessary precondition for the more self-conscious conceptualizing of the 'new history' ». »² Dans ce premier dix-neuvième siècle, Cléo a donc (ce n'était pas la première fois) rencontré Thémis.³

*De la Faculté de droit, Université de Poitiers.

¹D.R. Kelley, *Historians and the Law in Postrevolutionary France*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1984.

²*Ibid.* à la p. 56.

³*Ibid.*, c. 1 (« Cléo and Thémis »).

Autour de Guizot, de Thierry ou de Mignet, il n'y a d'ailleurs pas seulement la brillante petite équipe de la *Thémis*, connue (comprise ?) depuis les travaux de Bonnacase ;⁴ avant et après elle, il y eut Pardessus, Ortolan ou Troplong, Laferrière, Giraud, Laboulaye et Klimrath, sans lesquels, sans doute, « the accomplishments of later nineteenth-century medievalists such as Fustel de Coulanges, Viollet, Esmein, Glasson, Chénon, Tardif, and d'Arbois de Jubainville would hardly have been possible. »⁵ Mais ni Troplong, ni Jourdan, ni Klimrath, n'auraient eux-mêmes fleuri si la tradition historicisante de l'Ancien régime n'avait été continuée par Henrion de Pansey ou Dupin aîné, Merlin ou Portalis, ou Toullier.⁶

Il serait évidemment erroné de croire que cette tendance historicisante régnait sans partage chez les juristes ; plus erroné encore, à notre sens, de supposer qu'elle empruntait purement et simplement ses thèses à l'école historique allemande.⁷ Les plus « historicisants » des juristes de ce temps (Jourdan d'abord, puis Lerminier) n'ont jamais été de très purs disciples de Savigny. Encore moins Troplong. Au vrai, tous ont emprunté, à des doses variables, à la fois à l'école historique et à l'école « philosophique » (rationnaliste), qui avait encore, chez les juristes de la Restauration, de fortes racines : le système du *Code* a ainsi été à la fois légitimé par l'Histoire et justifié par la Raison.⁸

Faut-il démontrer que, dans cette oeuvre, l'école dite « exégétique » a joué un rôle essentiel, grâce à une méthode d'interprétation infiniment plus libre qu'on ne le dit aujourd'hui ? Comment, sans cet énorme travail d'explication-légitimation, le *Code* aurait-il pu devenir un monument de notre mémoire collective ?⁹ On regrettera que l'auteur n'ait pas mieux sondé, là-dessus, l'oeuvre de civilistes passant pour de purs exégètes (Duranton, par exemple, ou Marcadé). Sans paradoxe, c'est bien chez ces non-historiens du droit qu'on pourrait le plus exactement mesurer l'influence de la « nouvelle histoire ».

Les juristes présentés par M. Kelley ont aussi participé à la politique remuante des années 1815-1850. Beaucoup appartiennent à la grande nébuleuse « libérale » et suivent en général le destin politique de ce mouvement : doctrinaires de 1815 à 1820, dans l'opposition sous les gouvernements « ultras », près du pouvoir sous la Monarchie de Juillet, du « parti de l'ordre » de 1848 à 1850. Dupin, Troplong et combien d'autres

⁴*Ibid.*, c. 7 (« *La Thémis* »).

⁵*Ibid.* à la p. 100.

⁶*Ibid.*, c. 5 (« The Legal Tradition »).

⁷*Ibid.*, c. 6 (« The German Impulse »).

⁸*Ibid.*, c. 10 (« Between History and Reason »).

⁹Voir J. Carbonnier, « Le Code Civil » dans P. Nora, éd., *Les lieux de mémoire*, t. 2, Paris, Gallimard, 1986, 293.

suivirent ainsi des carrières à la fois honorables et « plastiques » — les seules qui permettent au juriste, à la différence du Roi ou de la République, de ne jamais mourir.¹⁰ Mais on se tromperait beaucoup en les taxant d'opportunisme.

Comme les maîtres de la « nouvelle histoire » (ou comme ceux de l'« éclectisme », auxquels ils sont également affiliés), ces juristes de la première moitié du dix-neuvième siècle servent avec constance la même idée politique : recomposer une société dissoute en 1793, terminer enfin la Révolution, parfaire la Liberté. On peut bien dire, comme M. Arnaud, qu'ils ont cherché à installer la « paix bourgeoise », dont le *Code* était la « règle du jeu » ;¹¹ mais il ne faudrait pas y mettre d'intention péjorative : cette paix « bourgeoise » était simplement la paix civile, dans l'espoir d'un « éternel juillet », selon le mot de Michelet.

C'est ainsi qu'il faut comprendre la position de ces juristes dans la « question de la propriété », première forme de la « question sociale ».¹² Rien d'étonnant si Troplong, Laboulaye ou Giraud se retrouvent dans le camp de Thiers plutôt que dans celui de Proudhon le jeune : la propriété, c'est la liberté humaine (nécessairement individuelle) exercée sur la nature physique. Les juristes, ainsi que l'auteur le note, n'ont d'ailleurs pas attendu Hegel (ou Marx) pour saisir les implications philosophiques de l'idée de propriété,¹³ ou l'importance des querelles sur le rôle (historique et philosophique) de la possession et de la prescription,¹⁴ ou sur l'existence d'un « communisme primitif ».¹⁵

Les mêmes convictions politiques et philosophiques expliquent aussi le destin intellectuel de ces juristes libéraux, à partir de 1848. L'optimisme du « bourgeois conquérant » (grand ou petit) s'était jusque-là nourri des progrès conjoints de la liberté et de la propriété, mesurés par l'histoire : la glorification de cet héritage alimentait une espèce de messianisme juridique (très net chez Troplong), où le droit civil (droit de la liberté) achèverait bientôt l'oeuvre civilisatrice commencée à Rome et continuée en France. Les civilistes n'étaient pas seuls dans cette opinion : qu'on relise là-dessus le très curieux livre de J. Michelet, *Origines du droit français, cherchées dans les symboles et formules du droit universel*.¹⁶

¹⁰Kelley, *supra*, note 1 à la p. 59.

¹¹*Ibid.* à la p. 45. L'auteur cite A.-J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale du code civil*, Paris, Presses universitaires de France, 1973.

¹²Kelley, *ibid.*, c. 11 (« The Question of Property »).

¹³*Ibid.* à la p. 128.

¹⁴*Ibid.* aux pp. 133-34.

¹⁵*Ibid.* à la p. 137.

¹⁶[1837], P. Viallaneix, ed., *Oeuvres complètes*, t. 3, Paris, s. éd., 1837, 603.

La révolution de février surprit cette doctrine — comme elle surprit d'ailleurs tout le monde, note l'auteur, de Guizot à Marx.¹⁷ M. Kelley nous paraît d'ailleurs exagérément sévère en voyant là une espèce de « faillite » intellectuelle : y a-t-il vraiment une meilleure intelligence de la « question sociale » chez Louis Blanc, Proudhon, ou Blanqui ? Il est en revanche exact de noter que, ce qui s'essouffle alors, ce sont les vertus légitimantes de l'histoire elle-même (en dépit de Michelet) : la nouvelle « foi sociale », dans les années 1850-1860, sera moins historique et plus économique, avant de devenir sociologique.¹⁸ L'histoire, plus « scientifique » et « positive », cesse d'être une espèce de religion — elle redevient une discipline.¹⁹ La « nouvelle histoire » finit ;²⁰ ce serait une autre question (que l'auteur n'aborde pas) de savoir si s'achève avec elle l'union de Cléo et de Thémis.

¹⁷Kelley, *supra*, note 1 à la p. 142.

¹⁸*Ibid.* à la p. 143.

¹⁹*Ibid.* aux pp. 146-47.

²⁰*Ibid.*, c. 12 (« The End of the New History »).

Pierre E. Audet, *Les officiers de justice : Des origines de la colonie jusqu'à nos jours*. Montréal, Wilson & Lafleur, 1986. Pp. xvii, 254 [\$26.50]. Commenté par Jean-Louis Gazzaniga.*

L'ouvrage de P.-E. Audet¹ est une étude précise des greffiers et proto-notaires des Cours de justice canadiennes depuis 1608. Le sujet paraît limité mais se trouve singulièrement élargi dans la perspective où l'a conçu l'auteur. Comme le fait fort justement remarquer M. H. Reid, dans sa préface : « [i]l s'agit, en fait, d'une véritable histoire de nos institutions judiciaires que l'auteur a abordé non pas sous l'angle des transformations qu'ont subies les structures au cours des ans, mais plutôt par le biais d'un regard critique sur certaines personnes qui les ont effectivement animées. »²

À ce titre, et pourrait-on dire, au premier chef, le livre de M. Audet intéressera à la fois les historiens et juristes canadiens. Les historiens, en effet, trouveront dans les cent premières pages de l'ouvrage matière à satisfaire leur curiosité. Les juristes feront leur profit de la deuxième partie dans laquelle l'auteur développe les éléments du régime actuel. Mais la qualité de l'ouvrage et les différents angles sous lesquels le sujet est abordé peuvent élargir encore l'intérêt si on veut bien reprendre la lecture dans une perspective comparatiste. En effet, l'étude comparée des institutions est riche d'enseignements.³ S'agissant de comparer les institutions canadiennes et françaises, l'intérêt est accru si l'on double cette comparaison de sa dimension historique : on mesure alors les apports du droit français et du droit anglais ; on cherche les filiations et on s'enrichit des originalités locales. L'historien du droit français retrouve des institutions connues mais fait aussi son profit des différences que les historiens canadiens avaient déjà mises en évidence.⁴ Aussi historiens canadiens et français se complètent d'échanges

*De la Faculté de droit, Université de Pau, France.

¹P.-E. Audet, *Les officiers de justice: Des origines de la colonie jusqu'à nos jours*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986.

²*Ibid.*, préface.

³Il est à peine besoin de mentionner l'oeuvre accomplie depuis plus d'un demi-siècle par la Société Jean Bodin, dont les recueils publiés périodiquement disent assez l'intérêt des études comparées et tout le profit que l'on peut en tirer: voir Recueils de la Société Jean Bodin, t. 16-19.

⁴J.A. Dickinson, *Justice et justiciables : La procédure civile à la prévôté de Québec 1667-1759*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1982. Dans son compte rendu de ce livre R. Besnier note fort à propos :

L'auteur conclut qu'en France la justice royale est un service, le siège du bailliage est fixé au lieu du marché principal d'un petit pays. Au Canada, la justice est presque un luxe, elle n'est pas également accessible à tous. La comparaison de la prévôté de Québec avec le bailliage de Falaise donne un intérêt exceptionnel à cette étude de très haute qualité.

Voir R. Besnier, *Compte rendu* (1983) 61 *Rev. hist. droit français et étranger* 429 à la p. 430. Voir aussi J. L'Heureux, « L'organisation judiciaire au Québec de 1764 à 1774 » (1970) 1 *R.G.D.* 266.

récioproques ; les Français retrouvent outre-atlantique la survie des institutions du passé et les Canadiens viennent chercher en Europe les sources de ces mêmes institutions.⁵ C'est dire qu'à ce titre l'ouvrage de M. Audet mérite de retenir l'attention ; il s'inscrit dans une longue tradition.

Par le plan choisi, par sa conception même, l'ouvrage de M. Audet se présente comme une page de l'histoire judiciaire du Canada. L'auteur en retrace les grandes étapes. Sous le gouvernement des Compagnies de marchands (1608-1663), la justice appartient de façon quasi-exclusive au gouverneur. Pendant près de douze ans, Champlain est la seule autorité. En 1621, intervient la première réforme de la justice — le Canada en connaît de nombreuses — qui désigne « les premiers artisans de la justice » en créant la Cour régulière. En 1627, Richelieu qui en toutes matières veut imprimer la marque de son autorité, s'intéresse à la colonie. Il en confie l'administration à la Compagnie des cent associés et la Justice est réorganisée. Désormais la Justice royale s'exerce en concurrence avec celle des seigneurs. Un grand sénéchal est nommé en 1639 et quelques années plus tard, Jean de Lauzon, gouverneur, crée la Sénéchaussée de Québec (1651). On peut alors noter, et l'auteur n'y manque pas, la complexité de l'appareil judiciaire en tous points comparable à celle que connaît la France à la même époque.

Le gouvernement personnel de Louis XIV instaure au Canada un nouveau régime — sauf de 1665 à 1674 où le pays est cédé à la Compagnie des Indes occidentales. Pendant près d'un siècle (1663-1759) la justice est partagée entre les Cours royales, seigneuriales et la Cour de l'intendant. En 1663 est créé le Conseil souverain qui « [s]ur le plan judiciaire ... jouait le double rôle de Cour d'appel et de Cour de première instance, au civil et au criminel. »⁶ Des Tribunaux de première instance sont, en outre, créés à Montréal et à Trois-Rivières. Quant aux Justices seigneuriales, elles sont assez peu nombreuses, les seigneurs pour la plupart n'ayant pas les moyens de les entretenir. Elles connaissent, comme en France, trois niveaux : haute, moyenne et basse Justice. Enfin, l'intendant, personnage de premier plan, rend également la justice. Autant d'éléments qui rappellent par bien des

⁵Voir H. Brun, *La formation des institutions parlementaires québécoises, 1791-1838*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1970. La Société d'histoire du droit accueillie dans ses congrès internationaux des universitaires canadiens : voir L. Kos-Robewicz-Zubkowski, « Les Cours pour jeunes délinquants au Canada » (Présentation aux Journées de Clermont-Ferrand, Société d'histoire du droit, 1972), résumé dans (1972) 50 *Rev. hist. droit français et étranger* 691.

⁶Audet, *supra*, note 1 à la p. 13.

aspects l'organisation judiciaire d'ancienne France. Les quelques pages que l'auteur lui consacre évoquent les mêmes confusions, les mêmes conflits.⁷

Certes, depuis plusieurs années, l'intérêt des historiens est un peu détourné de l'histoire institutionnelle ; on préfère analyser la jurisprudence.⁸ Dans ce domaine, la recherche s'est beaucoup orientée vers les juridictions criminelles. L'étude institutionnelle se double d'une étude criminologique et sociale, complément indispensable de l'histoire des institutions.⁹ Notons enfin, et nous serons amenés à reprendre cette question, que l'histoire de l'organisation judiciaire s'entend davantage aussi d'une histoire sociale de son personnel.

Si les institutions de la période française favorisent les comparaisons, les institutions d'inspiration britannique méritent aussi de retenir l'attention. Les conflits entre deux ordres de droit et de juridiction rappellent à l'historien d'autres oppositions. Après la période française, en effet, survient la période anglaise. De 1760 à 1764, le Canada connaît le régime militaire dont relève le contrôle de l'organisation judiciaire. La justice est rendue par les capitaines de milices qui ne connaissent rien du droit et qui ont, en outre, reçu l'ordre de ne rien changer au régime antérieur et de ne pas heurter l'immense majorité de la population qui est restée française. Le régime civil va, en revanche, changer bien des choses. Le Québec est désormais sous l'autorité d'un gouverneur. La province est divisée en deux districts : Québec et Montréal. La justice est rendue par deux ordres de juridiction : Cour du Banc du Roi, tribunal supérieur, et la Cour des plaids, tribunal inférieur. Si le régime militaire avait tenu à conserver les pratiques françaises, le nouveau système est particulièrement défavorable aux Canadiens qui le critiquent

⁷Il convient de renvoyer sur l'ensemble de cette question à R. Mousnier, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, t. 2, Paris, Presses universitaires de France, 1980 aux pp. 247-408, avec une importante bibliographie. On peut regretter que M. Audet ne s'y soit pas reporté. Les travaux sur l'histoire de telle ou telle juridiction d'Ancien régime sont nombreux. On peut retenir quelques récentes thèses de doctorat en histoire des institutions : N. Dockes, *Office et justice en Foreze du XVII^e au XVIII^e siècle*, Université de Lyon, 1971 [non-publiée] ; J. Phytillis, *Justice administrative et justice déléguée au XVIII^e siècle : L'exemple des commissions extraordinaires de jugement à la suite du conseil*, Paris, Presses universitaires de France, 1977 ; M. Crépin, *Le contrôle du parlement de Bretagne sur l'administration de la justice*, Université de Rennes, 1979 [non-publiée].

⁸Voir J. Bastier, *La féodalité au siècle des lumières dans la région de Toulouse (1730-1790)*, Paris, Bibliothèque nationale, 1975. Il faut signaler également l'ouvrage de P. Villard, *Les justices seigneuriales dans la Marche*, Paris, L.G.D.J., 1969.

⁹La bibliographie est immense, mais parmi quelques récentes thèses de doctorat en histoire du droit, voir : A. Laingui, *La responsabilité pénale de l'ancien droit*, Paris, L.G.D.J., 1970 ; A. Laingui et A. Lebigre, *Histoire du droit pénal*, Paris, Cujas, 1979 ; G. Aubrey, *La jurisprudence criminelle du Chatelat de Paris sous le règne de Louis XVI*, Paris, L.G.D.J., 1971 ; M. Plessix, *Poursuites et instructions criminelles : Législation royale, doctrine savante et pratiques judiciaires bretonnes (1550-1650)*, Université de Rennes, 1979 [non publiée].

vivement. Tout opposait les deux populations : la religion, le droit, la langue. La « britannisation » est mal ressentie. Les Canadiens, comme le note l'auteur, « boycottent » la justice. Le système « hybride » ne fonctionne pas.

Une nouvelle réforme intervient en 1775 confirmée par l'*Ordonnance pour rétablir les Cours de justice civiles dans la province de Québec* du 25 février 1777.¹⁰ L'idée générale, tout en conservant une dualité de juridiction (Cours de plaidoyés faisant office de Tribunal de droit commun et Cours supérieures, comme Cours d'appel) est de simplifier l'appareil judiciaire et de préserver l'identité canadienne. Tout est à nouveau transformé en 1793 avec la *Loi de judicature* qui apparaît vraiment comme « la base de notre organisation judiciaire. »¹¹ Le Canada est désormais divisé en trois districts : Québec, Montréal et Trois-Rivières. Les Tribunaux sont répartis en trois échelons : deux Cours du Banc du Roi (Québec et Montréal), deux cours provinciales (Trois-Rivières et Gaspé) et les Cours de circuit. Quelques réformes interviennent tout au long du dix-neuvième siècle (en 1820, 1833, 1840, 1843 et 1849), jusqu'à la réorganisation de 1867. Ces réformes sont ponctuées par les différents Codes criminels de 1867, 1897 et 1965. Comme l'indique l'auteur : « Le Québec a une juridiction exclusive tant civile que criminelle, en matière d'administration de la justice de la Province [...] de 1867 à nos jours, l'organisation judiciaire de la Province n'a pas connu de bouleversement majeur. »¹²

Ainsi peut être résumée l'évolution de l'organisation judiciaire au Canada. Si la période française, comme nous l'avons noté, rappelle les institutions traditionnelles, les développements du régime anglais et celui de la Confédération donnent la mesure de l'originalité canadienne :

En effet, on retrouve bien dans ces développements, les processus d'assimilation juridique d'un pays conquis, avec ses limites, et la persistance d'une certaine personnalité des lois. Ils montrent, en effet, les difficultés que connut le premier essai d'organisation judiciaire tenté par les Anglais après leur acquisition du Canada. L'application du système colonial Anglais à une population évoluée, de civilisation française et catholique pour plus de 99% ne pouvait être réalisée sans quelques assouplissements ; mais la portée s'en trouva limitée par diverses circonstances.¹³

Mais le propos de l'auteur ne se limite pas à ce rappel historique. L'organisation judiciaire n'était qu'un prétexte qui devait servir de cadre, en deuxième lieu, à une étude des officiers de justice : les greffiers.

¹⁰O.P.Q. 1777, 17 Geo. 3, c. 1.

¹¹Audet, *supra*, note 1 à la p. 48.

¹²*Ibid.* aux pp. 82-83.

¹³Voir G. Sautel, *Compte rendu* (1972) 50 Rev. hist. droit français et étranger 339.

L'évolution du statut du greffier suit l'évolution de la justice. Pendant la période française, le greffier est un auxiliaire de justice aux multiples emplois. Nommé et révoqué par le Roi ou par son représentant, le cas échéant par le seigneur, le greffier doit présenter des garanties d'honnêteté rappelées par l'enquête traditionnelle de bonne vie et moeurs ; il doit, en outre, présenter un billet de confession, la catholicité étant une condition essentielle qui sera précisément l'un des points de friction sous le régime anglais. Le greffier a pour fonction essentielle d'assister le juge, mais limiter son rôle à celui d'un simple exécutant ne tient pas compte de la diversité de ses tâches. Il est véritablement un auxiliaire de justice et dans l'organisation judiciaire un personnage de premier plan. Rémunéré par un faible traitement qu'augmente l'émolument sur les actes passés, cela ne lui assure qu'un modeste train de vie. Il peut cumuler son office avec d'autres fonctions : juge, avocat ou arpenteur. On se plaindra souvent de ces cumul.¹⁴

Sous la domination anglaise, et pendant le régime militaire, le greffier est un officier de Cour et un conseiller spécial auprès du juge militaire. Nommé par le Gouverneur (au moins à Québec) ou par les Procureurs généraux, il prend dans « l'anarchie de l'époque » une toute autre dimension ; il en vient en réalité à rendre la justice — les militaires devaient, en effet, juger selon la Coutume de Paris dont ils ignoraient le premier mot. Le greffier de Québec, Jean-Claude Panet, ancien notaire royal, paraît être un personnage considérable. Peu à peu, les anglais, sous le gouvernement civil, parviennent à éliminer de ces fonctions les Canadiens, ils excluent en particulier les catholiques. La « britannisation » des fonctions, dont nous avons parlé, gagne aussi les greffes. En revanche, rien ne semble modifié dans le mode de rémunération et dans l'importance de la fonction ; les cumuls sont toujours autorisés et toujours vivement critiqués. Mais à la fin du dix-huitième siècle, comme le note M. Audet, le greffier devient un auxiliaire de justice à temps plein. Après les essais malheureux de compromis canadien-anglais, ou de « britannisation », le gouvernement revient à de plus justes mesures : les Canadiens ne sont plus systématiquement écartés et, surtout, les cumuls avec les fonctions de justice les plus diverses sont en principe interdits. La professionnalisation est accentuée au dix-neuvième siècle à partir de la réforme de 1793 et la création des protonotaires. Les charges

¹⁴Il faudrait mettre en parallèle le rôle des greffiers et celui des avocats. Malgré les études intéressantes, mais trop souvent anciennes, l'histoire du Barreau reste encore dans bien des cas à faire. On connaît, en effet, assez mal les différents auxiliaires de justice. On pourrait notamment retrouver à peu près les mêmes cumuls de fonctions comparables à ceux rencontrés au Canada. L'histoire comparée des Barreaux serait également enrichissante. À l'initiative du Centre de formation des avocats de Toulouse, vient d'être créée tout récemment une Société internationale d'histoire des Barreaux dont le but est, précisément, d'inciter de favoriser la recherche dans ce domaine. La coopération internationale et l'étude comparée des institutions y trouveront largement leur part.

qui pèsent sur le nouveau greffier s'accroissent et se précisent, le terme de l'évolution sera acquis au vingtième siècle lorsque le greffier sera devenu un véritable fonctionnaire. M. Audet résume l'évolution accomplie en quelques lignes : en devenant fonctionnaire, l'officier de justice a vu transformer non seulement son environnement mais également son statut. D'un « 'travailleur à son compte', il est devenu un administrateur public ou tout simplement un employé de l'État, et ainsi, agent de pouvoir exécutif. »¹⁵ Son nouveau statut et son rôle sont étudiés dans le détail.

Comme pour l'organisation judiciaire, seule l'histoire des greffiers retiendra notre attention. Les comparaisons, là aussi, sont intéressantes. Disons le d'emblée, si les travaux sur l'organisation judiciaire sont nombreux, les études sur le personnel sont, en revanche, plus rares ; cela donne plus de prix à l'ouvrage de M. Audet.¹⁶ En France, l'histoire des greffiers reste à écrire. Les dictionnaires juridiques les plus récents s'en tiennent à un historique succinct mentionnant quelques dates, et partant d'une définition qualifiée de classique : le greffier est un fonctionnaire public chargé par les Cours et Tribunaux d'assister le magistrat, de tenir la plume à l'audience, et pour la rédaction des jugements et des actes, de garder les originaux de ces actes et documents, d'en délivrer des copies ou des expéditions revêtues ou non de la formule exécutoire. La formule était à peu près la même au début du siècle,¹⁷ inspirée des dictionnaires d'Ancien régime. De Ferrière¹⁸

¹⁵*Supra*, note 1 à la p. 169.

¹⁶Il faut mentionner les études portant essentiellement sur le corps des magistrats et, en particulier, les travaux de F. Bluche, *Les magistrats des parlements de Paris au XVIIIème siècle (1715-1771)*, Paris, Belles lettres, 1960 ; *Les magistrats du Grand Conseil au XVIIIème siècle*, Paris, Belles lettres, 1966 ; *Les magistrats de la Cour des monnaies de Paris au XVIIIème siècle (1715-1790)*, Paris, Belles lettres, 1966. Voir aussi M. Gresset, *Le monde judiciaire à Besançon de la conquête par Louis XIV à la révolution française (1774-1789)*, thèse de doctorat en histoire du droit, Université de Lille, 1975 ; J.P. Royer, *La société judiciaire depuis le XVIIIème siècle*, Paris, Presses universitaires de France, 1979 ; J.L. Debré, *La justice au XIXème siècle : Les magistrats*, Paris, Perrin, 1981. De façon plus générale il faut toujours citer l'ouvrage de R. Mousnier, *La vénalité des offices sous Henri IV et Louis XIII*, 2e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1971.

¹⁷« Le greffier est un fonctionnaire établie par les Tribunaux et les Cours et dont le principal emploi consiste à inscrire les jugements, arrêts ou autres actes émanant des juges, d'en conserver les minutes et d'en délivrer les expéditions. » Voir E. Fuzier-Herman, *Répertoire général alphabétique du droit français contenant toutes les matières de la science et de la pratique juridiques*, t. 23, Paris, Larose & Forcel, 1900 (« greffier »).

¹⁸« Les greffiers sont des scribes, dont le principal emploi est d'écrire les ordonnances, appointements et jugements qui sont prononcés par les juges et de les expédier et délivrer aux parties. » Voir M.-J. de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, t. 1, Paris, Saugrain, 1769 (« greffier »).

et Denisart¹⁹ sont les plus souvent cités. Pour évoquer la grandeur de la fonction, on rappelle toujours, et l'auteur n'y manque pas, la citation élogieuse de Domat.²⁰ Seules les introductions historiques dans les traités de procédure fournissent quelques compléments. Lorsque l'on voit toute l'importance du greffe, aussi bien l'évolution de son statut que celle de ses fonctions, on peut regretter une telle lacune.

Il y a, en effet, au delà du rôle du greffier, toute une conception de la justice qui mériterait d'être analysée. Il n'est pas indifférent, en effet, que le greffier, d'abord officier, auxiliaire de justice, souvent suppléant de juge voire son remplaçant, soit devenu fonctionnaire public. Mais la comparaison est bien plus intéressante encore lorsque l'on songe à la diversité des fonctions du greffier canadien par rapport au greffier français. Dans l'actuelle organisation du greffe en France, il conviendrait d'ailleurs de nuancer d'abord entre les différents greffiers fonctionnaires devant les différents tribunaux, mais aussi réserver une place aux greffiers devant les Tribunaux de commerce.

Aussi faudrait-il dans ce domaine dépasser le cadre institutionnel. L'histoire sociale des greffiers mériterait une étude approfondie. On peut regretter que M. Audet ne l'ait pas au moins signalée. L'ouvrage très documenté, très rigoureux et juridique de M. Audet n'aborde pas cet aspect de la question. C'est fort dommage, car il y a beaucoup à tirer de l'étude du milieu et de l'histoire des hommes ; l'histoire elle-même des institutions en est fort enrichie.²¹ On aimerait connaître ces greffiers. C'est tout à fait exceptionnellement, au détour d'une phrase, que nous rencontrons un nom, un détail sur la vie de tel ou tel greffier. Nous aimerions en savoir davantage. Ainsi ce Nicolas, premier greffier nommé en 1621 ; ou ce Jean-Claude Panet d'une grande famille qui semble, nous l'avons déjà noté, un personnage important.

¹⁹« On nomme greffiers des officiers dont les fonctions sont d'écrire les arrêts, sentences, jugements et autres actes qui sont prononcés ou dictés par les juges ; de garder les minutes qui doivent être conservées et d'en délivrer des expéditions à qui il appartient. » Voir J.B. Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, t. 2, 8e éd., Paris, De Saint, 1773 à la p. 481.

²⁰J. Domat, *Le droit public*, t. 2, Les loix civiles dans leur ordre naturel, éd. rev., Paris, Nyon, 1777 à la p. 254 (II.V.1) :

De toutes les fonctions qui entrent dans l'ordre de l'administration de la justice, il n'y a en a point qui aient autant de liaison aux fonctions des juges que celles de greffiers ; car ils doivent écrire ce qui a été dicté ou prononcé par les juges, et demeurer dépositaires des arrêts, jugements et autres actes qui doivent subsister, et en faire expédition aux parties ; et c'est leur seing qui fait la preuve de la vérité de ce qu'ils signent. Ainsi après les fonctions des juges, celles des greffiers sont les premières dans l'ordre de l'administration de la justice.

²¹Voir B. Guenée, *Tribunaux et gens de justice dans le bailliage de Senlis à la fin du Moyen-Age*, Paris, Belles lettres, 1963 ; R. Fedou, *Les hommes de loi Lyonnais à la fin du Moyen-Age : Étude sur les origines de la classe de robe*, Paris, Belles lettres, 1964.

Les renseignements sur les rémunérations nous laissaient entrevoir une étude sur leur fortune. Nous restons, avouons-le, sur notre faim!²² De même, nous apprenons presque incidemment que la nomination des greffiers répond avant tout à des préoccupations politiques. Voilà une jolie étude sur les choix des greffiers ! Que l'on nous pardonne ces remarques, elles montrent seulement l'intérêt que nous avons pris à la lecture de l'ouvrage. Mais nous avons souvent eu l'impression que la réglementation cachait la vie. Sans doute, le propos de l'auteur était-il différent ; sans doute entendait-il avant tout évoquer le statut du greffier et le replacer dans le cadre moderne du statut des fonctionnaires. Nous en convenons, et nous l'avons dit, cela est fort bien fait et excellemment traité. Mais le sujet était neuf, il méritait d'être abordé sous tous ses aspects. M. Audet ayant la maîtrise du sujet et sûrement la matière aurait pu trouver l'occasion d'un excellent chapitre sur le milieu du greffier canadien depuis le dix-septième siècle. Les travaux de qualité sur les auxiliaires de justice ne sont pas si fréquents ; il faut pouvoir signaler avec les compliments les moindres regrets.

²²Les rémunérations des greffiers auraient pu également donner lieu à un développement sur le coût de la justice. On peut signaler à ce propos le travail de B. Schnapper, « Le coût des procès civils au milieu du XIX^e siècle » (1981) 59 *Rev. hist. droit français et étranger* 621.