

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

Les historiens du Québec face au droit

Donald FYSON*

Résumé

Cet article se propose d'utiliser les études portant sur l'histoire du droit au Québec entre la Conquête et le début du XX^e siècle pour alimenter une réflexion sur la façon dont les historiens du Québec envisagent le droit. Il aborde en particulier deux écueils majeurs qui semblent guetter ces historiens : l'utilitarisme et le positivisme. L'utilitarisme a mené à une vision globale du passé québécois dans laquelle le droit est réduit essentiellement à un reflet de la société plutôt que d'être considéré comme système autonome; il a aussi empêché les historiens de se servir d'outils conceptuels développés spécifiquement pour le droit, tels que la culture juridique. Quant au positivisme, il a eu tendance à mener les historiens à adopter des conceptions formalistes et présentistes du droit et des systèmes juridiques, aux dépens d'approches plus pluralistes. Cela dit, l'utilitarisme et le positivisme des historiens ne sont pas sans leurs avantages. La démarche utilitariste des historiens leur permet d'éviter le divorce entre droit et contexte social qui caracté-

Abstract

This article uses studies of Quebec legal history from the Conquest to the beginning of the twentieth century to reflect on the ways in which Quebec historians envisage the law. It examines in particular two major traps which these historians seem to face: utilitarianism and positivism. Utilitarianism has led to an overall view of Quebec history in which the law is reduced to a simple reflection of society rather than being considered as an autonomous system; it has also prevented historians from making use of conceptual tools developed specifically for the law, such as the notion of legal culture. As for positivism, it has tended to lead historians to adopt formalist and presentist conceptions of the law and of legal systems rather than more pluralist approaches. Nevertheless, the utilitarianism and positivism of historians are not without their advantages. The utilitarian approach of historians has allowed them to avoid the divorce between law and social context that characterised much of classic legal history and to cross readily the frontier between the law as a normative

* Professeur au département d'histoire de l'Université Laval.

risait une bonne partie de l'histoire du droit classique. Elle leur permet de franchir aisément la frontière entre le droit en tant qu'ordre normatif (les règles) et le champ ou système juridique plus large (les pratiques et les institutions). Pour ce qui est du positivisme des historiens, le fait que ceux-ci se concentrent sur le droit étatique, positif, n'est pas sans fondement. Enfin, d'autres avenues méritent d'être explorées, comme la reconstruction emphatique du vécu du droit.

system (the rules) and the broader legal field or system (the practices and institutions). As for the positivism of historians, their concentration on positive, State law is not without foundation. Finally, other avenues might also be explored, such as the empathetic reconstruction of the law as lived experience.

Plan de l'article

Introduction	299
I. L'histoire du droit au Québec	300
II. L'utilitarisme	304
A. « Qu'est-ce que je dois savoir du droit pour exploiter ces sources fascinantes? »	304
B. L'utilité de l'utilitarisme	310
III. Le positivisme	315
A. « Pour comprendre le droit, je n'ai qu'à lire les juristes » ou encore « Je sais ce que c'est qu'une loi! »	315
B. Le positif du positivisme	321
Conclusion	325

L'étudiant en histoire qui s'intéresse au droit et à la justice au Québec éprouvera un choc s'il décide d'amorcer sa recherche bibliographique à partir de l'ouvrage de référence habituel en la matière, le *Guide d'histoire du Québec du régime français à nos jours*¹. Dans la table des matières, aucune mention n'est faite du droit ou du monde judiciaire. Une recherche plus poussée dans l'index lui apportera quelques indications sur la justice en Nouvelle-France, sur le droit et le régime seigneurial et sur le statut juridique des femmes, mais il s'agit là de discussions limitées à quelques phrases portant sur des phénomènes bien précis². Des grands pans du droit et de l'appareil judiciaire sont donc complètement absents : entre autres, le droit criminel et la justice en général depuis la Conquête, la police et les prisons. De la même façon, il y a une décennie, l'*Histoire du Québec contemporain* pouvait se proposer de couvrir l'ensemble de l'histoire du Québec depuis la Confédération, dans deux volumes de plus de 750 pages chacun, sans une seule sous-section portant spécifiquement sur le droit, se limitant à quelques brèves mentions sur la justice³. Pourtant, depuis les années 1970 au moins, le droit et le monde juridique sont de plus en plus explorés par les historiens du Québec⁴. Compte tenu des travaux récents de chercheurs comme Bettina Bradbury, Jean-Marie Fecteau, Murray Greenwood, Evelyn Kolish, André Lachance, Sylvio Normand, Brian Young et d'autres encore, il sera désormais

¹ Jacques ROUILLARD (dir.), *Guide d'histoire du Québec : du régime français à nos jours : bibliographie commentée*, 2^e éd., Montréal, Méridien, 1993.

² *Id.*, p. 32, 107, 227 et 228. Curieusement, tel n'est pas le cas pour les sections sur le Québec de Martin Brook TAYLOR (dir.), *Canadian History: A Reader's Guide*, vol. 1, « Beginnings to Confederation », Toronto, University of Toronto Press, 1994, avec, par exemple, une sous-section complète sur l'histoire du droit au Québec/Bas-Canada, p. 166-168; voir aussi p. 72 sur la Nouvelle France.

³ Paul-André LINTEAU, René DUROCHER, Jean-Claude ROBERT et François RICARD, *Histoire du Québec contemporain*, coll. « Boréal Compact », Montréal, Boréal, 1989. Tel n'est pas le cas des deux autres synthèses légèrement plus récentes : John A. DICKINSON et Brian YOUNG, *Brève histoire socio-économique du Québec*, 2^e éd., Sillery, Septentrion, 1995 et Jacques MATHIEU, *La Nouvelle-France : Les Français en Amérique du Nord, XVI^e-XVIII^e siècle*, Paris, Belin, 1991, qui comportent des discussions plus étoffées sur le droit et la justice.

⁴ J'utilise ici le terme historien dans le sens large de ceux et celles qui se penchent sur le passé, ce qui peut aussi comprendre des sociologues, des géographes, etc., qui adoptent une démarche historique.

impossible de ne pas accorder une place importante au droit dans les guides bibliographiques et les synthèses, tant pour la période qui précède la Confédération que pour celle qui la suit.

Mon intention dans ce bref article n'est toutefois pas de faire un survol de cette production historiographique récente. Un tel exercice serait certainement souhaitable et nécessaire; le dernier survol historiographique, sous la plume de Vince Masciotra, remonte déjà à 1987⁵. Je me propose plutôt d'utiliser cette historiographie et, en particulier, les études portant sur la période de la Conquête jusqu'au début du XX^e siècle, pour alimenter une réflexion sur la façon dont les historiens du Québec, et surtout les historiens non-juristes, envisagent le droit. Le présent article aborde en particulier deux écueils majeurs qui semblent guetter les historiens qui abordent le droit. Mais d'abord, il convient de dresser un bref portrait de la nature du contact entre historiens et histoire du droit au Québec.

I. L'histoire du droit au Québec

En abordant la question des historiens du Québec face au droit, une première distinction importante s'impose quant à l'objet de recherche : le droit en tant qu'ordre normatif, par exemple l'« ensemble des règles en vigueur dans un ordre juridique donné » (droit positif), et le champ ou système juridique plus large qui englobe non seulement l'ordre normatif en tant que tel, mais aussi les pratiques qui découlent de ces règles et les institutions qui les assurent, bref, l'« ensemble des phénomènes juridiques rassemblés dans l'espace ou le temps »⁶. Ma réflexion se concentre surtout sur les relations des historiens avec le droit comme ordre normatif, quoique, comme on le verra, ce contact avec le droit passe le plus souvent par des études de phénomènes juridiques plus larges.

⁵ Vince MASCOTRA, « Quebec Legal Historiography, 1760-1900 », (1987) 32 *McGill L.J.* 712. Plus récemment, Jim Phillips offre un survol de l'histoire du droit au Canada, dans lequel il accorde au Québec une certaine place : J. PHILLIPS, « Crime and Punishment in the Dominion of the North: Canada from New France to the Present », dans C. EMSLEY et L.A. KNAFLA (dir.), *Crime History and Histories of Crime: Studies in the Historiography of Crime and Criminal Justice in Modern History*, p. 163 (1996).

⁶ André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 61-63, 190 et 191.

Il importe aussi de distinguer trois groupes ou catégories d'historiens en contact avec le droit. D'abord, il y a les historiens du droit dans le sens classique du terme, que je vais appeler les juristes-historiens, pour la plupart des juristes de formation rattachés aux facultés de droit : au Québec, on peut penser aux André Morel, John Brierley ou Sylvio Normand ou, en remontant plus loin dans le temps, à Edmond Lareau. Ensuite, il y a les historiens qui, tout en conservant une approche historique qui les distingue des juristes, se penchent principalement sur le monde juridique comme objet de recherche : ici, on peut penser aux André Lachance, John Dickinson, Evelyn Kolish, Jean-Marie Fecteau, Brian Young, Marie-Aimée Cliche ou, plus loin dans le passé, à Hilda Neatby. Enfin, il y a la grande majorité des historiens pour qui le droit et le monde juridique ne sont pas au centre des préoccupations et qui confrontent le droit presque involontairement, par le biais d'autres intérêts et d'autres objets de recherche⁷. Cette discussion porte en particulier sur les deux dernières catégories, c'est-à-dire celles des historiens non-juristes, même si les relations avec les juristes-historiens sont aussi évoquées. La raison de ce choix est simple : les juristes-historiens sont en général un groupe à part, œuvrant au sein des facultés de droit, avec leurs propres réseaux de communication scientifique et leurs propres questions et problèmes épistémologiques. Ils méritent donc un traitement à part⁸.

L'intérêt des historiens non-juristes pour le droit est assez récent. Ainsi que Jim Phillips l'a récemment rappelé, la publication en 1981 du premier volume des *Essays in the History of Canadian Law* est souvent présentée comme le début véritable de l'histoire universitaire du droit au Canada⁹. Pourtant, comme Phillips le souligne, le Québec était déjà un peu mieux pourvu, grâce non seulement aux travaux des deux chercheurs qu'il mentionne, Morel et Brierley (deux juristes-historiens), mais aussi à ceux d'historiens

⁷ Ces trois catégories sont analogues à celles utilisées par Evelyn Kolish pour classer les utilisateurs des archives judiciaires : Evelyn KOLISH, « L'histoire du droit et les archives judiciaires », (1993) 34 *C. de D.* 289, 291-294.

⁸ Pour une présentation des débats majeurs qui ont cours aux États-Unis au sein de la communauté des historiens du droit proprement dit, selon la perspective d'un historien social, voir : M. GROSSBERG, « "Fighting Faiths" and the Challenges of Legal History », 25 *Journal of Social History* 191 (1992).

⁹ Jim PHILLIPS, « Recent Publications in Canadian Legal History », (1997) 78 *Canadian Historical Review* 236 et 237.

non-juristes comme Lachance et Dickinson, dont les travaux sur la justice en Nouvelle-France ont paru dès les années 1960 et 1970¹⁰. À cela on peut ajouter d'autres champs spécifiques, comme les nombreuses études sur le régime seigneurial dans lesquelles des discussions sur le droit prennent une place importante¹¹. Néanmoins, on peut affirmer qu'à partir des années 1980, l'histoire du droit captiva l'intérêt d'un nombre croissant d'historiens, comme en faisait déjà état le survol historiographique de Masciotra en 1987.

Ce contact des historiens non-juristes avec le droit prend plusieurs formes. Cela peut être par le biais des sources, par exemple lorsqu'ils exploitent des archives judiciaires ou notariales pour répondre à des questions précises, comme le traitement accordé aux prostituées, la nature du mariage ou la transmission du patrimoine¹². Cela peut aussi passer par des études plus ciblées qui examinent des aspects spécifiques d'un champ autre que le droit

¹⁰ André LACHANCE, *Le bourreau au Canada sous le régime français*, Québec, Société historique de Québec, 1966 ou André LACHANCE, *La justice criminelle du roi au Canada au XVIII^e siècle : tribunaux et officiers*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1978; John DICKINSON, « La justice seigneuriale en Nouvelle-France : Le cas de Notre-Dame-des-Anges », (1974) 28 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 323 ou John DICKINSON, « Court Costs in France and New France in the Eighteenth Century », 1977 *Historical Papers* 48.

¹¹ Voir : J. ROUILLARD, *op. cit.*, note 1.

¹² Sur la prostitution, voir, par exemple : Andrée LÉVESQUE, *La norme et les déviantes : Des femmes au Québec pendant l'entre deux guerres*, Montréal, Éditions du Remue-ménage, 1989, p. 139-167; Mary Anne POUTANEN, « The Geography of Prostitution in Early Nineteenth-Century Montreal », dans Tamara MYERS, Kate BOYER, Mary Anne POUTANEN et Steven WATT (dir.), *Power, Place and Identity: Historical Studies of Social and Legal Regulation in Quebec*, Montréal, Groupe sur l'histoire de Montréal, 1998, p. 101; Tamara MYERS, *Criminal Women and Bad Girls: Regulation and Punishment in Montreal, 1890-1930*, thèse de doctorat, Montréal, Université McGill, 1996; Daniel LACASSE, *La prostitution féminine à Montréal, 1945-1970*, Montréal, Boréal, 1994. Sur le mariage et la transmission des biens, voir, par exemple : Alan M. STEWART et Bettina BRADBURY, « Marriage Contracts as a Source for Historians », dans Donald FYSON, Colin COATES et Kathryn HARVEY (dir.), *Class, Gender and the Law in Eighteenth and Nineteenth Century Quebec: Sources and Perspectives*, Montréal, Groupe sur l'histoire de Montréal, 1993, p. 29; Bettina BRADBURY, Peter GOSSAGE, Evelyn KOLISH et Alan STEWART, « Property and Marriage: The Law and the Practice in Early Nineteenth-Century Montreal », (1993) 26 *Social History* 9; ou l'immense littérature sur le monde rural du XVII^e au XIX^e siècles, recensée dans J. ROUILLARD, *op. cit.*, note 1. En général, voir : E. KOLISH, *loc. cit.*, note 7.

strict : les tribunaux, la police, les prisons, le notariat, etc.¹³. Enfin, et c'est la forme la plus habituelle de ce contact, cela peut être par le biais de la législation qui encadre une institution ou une pratique, base à partir de laquelle tant d'études historiennes s'élaborent. Plus rares, par contre, sont les historiens non-juristes qui se penchent directement sur le droit en tant qu'objet central de recherche; cet exercice est surtout réservé aux juristes-historiens¹⁴. Règle générale, puisque le droit, même dans son sens le plus restreint de droit positif étatique, est un élément important dans la structuration de la plupart des activités humaines, presque tout historien doit, à un moment ou à un autre, le prendre en considération. Comme le déclarait Margaret McCallum dans un survol de la production récente en histoire du droit au Canada, « *given the importance of law in constituting economic and social relations, one can plausibly assert that all history is legal history* »¹⁵.

Plusieurs écueils attendent cependant les historiens qui s'aventurent dans l'univers largement inconnu qu'est le droit. D'abord, les simples erreurs de connaissance sont très courantes. La mise en garde qu'André Morel adressait aux historiens en 1983 est encore pertinente :

the study of legal history requires a fair amount of technical knowledge, which lawyer-historians do possess, but which is most uncommon among historians who have not undergone legal training [...] As a result, some

-
- ¹³ On pense, par exemple, aux nombreux travaux de Jean-Marie Fecteau et ses collaborateurs et étudiants sur l'enfermement, la police, etc.; voir, par exemple : Jean-Marie FECTEAU, Sylvie MÉNARD, Marie-Josée TREMBLAY, Jean TRÉPANIÉ et Véronique STRIMELLE, « Émergence et évolution historique de l'enfermement à Montréal, 1836-1913 », (1992) 46 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 263; le numéro spécial sur l'enfermement dans (1998) 6 *Bulletin d'histoire politique*; Daniel DICAIRE, *Police et société à Montréal au milieu du XIX^e siècle*, mémoire de maîtrise, Montréal, Université du Québec à Montréal, 1999; Éric GIROUX, *Les policiers à Montréal : travail et portrait socio-culturel, 1865-1924*, mémoire de maîtrise, Montréal, Université du Québec à Montréal, 1995.
- ¹⁴ Il y a tout de même plusieurs exceptions notables d'historiens comme Jean-Marie Fecteau, Evelyn Kolish, Brian Young, Richard Larue ou Murray Greenwood. Deux exemples récents sont André CELLARD et Gérard PELLETIER, « Le Code criminel canadien 1892-1927 : Étude des acteurs sociaux », (1998) 79 *Canadian Historical Review* 261 et Martin DUFRESNE, « La réforme de la justice pénale bas-canadienne : le cas des assauts communs à Québec », (1999) 53 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 247.
- ¹⁵ Margaret McCALLUM, « Canadian Legal History in the Late 1990s: A Field in Search of Fences? », (1998) 27 *Acadiensis* 151.

*historians venture into the field of legal institutions without sufficient legal knowledge. Their effort and research, therefore, often suffers from unfortunate misinterpretations which may not be apparent to a non-lawyer reader.*¹⁶

En effet, le simple fait de maîtriser les aspects formels d'une partie d'un système de droit ancien est une tâche en soi, sans même parler des erreurs normales des historiens¹⁷.

Mais au plan conceptuel et même épistémologique, deux tendances partiellement contradictoires se dégagent dans la façon dont les historiens non-juristes pensent le droit. Elles peuvent avoir des conséquences importantes sur leur conception du droit et sur la place qu'ils accordent au droit dans leur conception plus générale de l'histoire, ce qui pourrait d'ailleurs expliquer la place marginale du droit dans les guides bibliographiques et les synthèses. Ces deux tendances sont l'utilitarisme et le positivisme.

II. L'utilitarisme

A. « **Qu'est-ce que je dois savoir du droit pour exploiter ces sources fascinantes?** »

La plupart des historiens abordent le droit avec une perspective hautement utilitariste. Ils conçoivent le droit comme un simple arrière-plan qui soutient et encadre généralement ce qui intéresse vraiment l'historien, c'est-à-dire les institutions, les structures sociales, les actions étatiques, les démarches politiques et, avant tout, les relations de pouvoir. L'historien se trempe donc dans le

¹⁶ André MOREL, « Canadian Legal History – Retrospect and Prospect », (1983) 21 *Osgoode Hall L.J.* 159, 163.

¹⁷ Mes propres travaux fournissent un exemple parfait de cette difficulté. Dans un guide sur les tribunaux du Bas-Canada (Donald FYSON, avec l'assistance de Evelyn KOLISH et Virginia SCHWEITZER, *The Court Structure of Quebec and Lower Canada, 1764-1860*, Montréal, Groupe sur l'histoire de Montréal, 1994), suite à une mauvaise interprétation de l'en-tête d'une loi clé, j'ai identifié la réforme judiciaire qui a suivi la création du Bas-Canada en 1791 comme survenant en 1793, alors que c'est plutôt en 1794; compte tenu de l'importance de cette réforme pour la structure des tribunaux, cette erreur s'est retrouvée à plusieurs dizaines d'endroits dans le guide... Les erreurs élémentaires de droit sont parfois tellement abondantes qu'elles mènent l'historien à de fausses interprétations : tel est le cas, par exemple, de l'analyse de la justice criminelle inférieure dans David-Thierry RUDELLE, *Quebec City 1765-1832: The Evolution of a Colonial Town*, Ottawa, Canadian Museum of Civilization, 1987, p. 161-197.

droit pour des raisons bien précises : découvrir la loi qui encadre une institution, comprendre les compétences du tribunal qui a produit une source, trouver la définition d'un terme qu'il trouve dans un acte notarié, expliciter la signification d'un élément d'un procès, etc. L'examen du droit, et même du cadre juridique plus généralement, devient donc le complément subordonné à l'examen plus historien d'un phénomène donné.

Par exemple, même si *l'Histoire du Québec contemporain* ne se penche presque pas sur le droit de façon spécifique, dans chaque chapitre, presque dans chaque section, il y a des références directes ou indirectes au droit : à des lois qui régissent tel aspect de la vie économique, au contrôle des élites sur telle institution, etc. Le droit est donc présent, mais en filigrane, toujours filtré par le contexte socio-économique et les relations de pouvoir. Il est d'ailleurs évident que la plupart des auteurs des études sur lesquelles se base la synthèse ont consulté les lois et parfois même la jurisprudence, mais jamais dans l'optique d'une reconstitution du droit. Prenons comme exemple l'étude de James Iain Gow sur l'administration publique québécoise de 1867 à 1970, ouvrage de base sur l'histoire de l'État au Québec¹⁸. Dès le début de l'ouvrage, il identifie la fonction judiciaire comme l'une des quatre fonctions principales de l'État; au surcroît, son étude repose en grande partie sur une analyse des diverses lois qui apportent des changements à la structure administrative et aux domaines d'activité de l'État provincial. Pourtant, le droit est à peine discuté dans son livre, et il n'y a, par exemple, presque aucune analyse des modalités de la mise en application des règles qui régissent les rapports entre l'État et ses citoyens, un processus qui passe le plus souvent par le juridique. Même les sections qui traitent de l'administration de la justice ne fournissent qu'une vision très partielle du monde juridique : par exemple, presque aucune mention n'est faite de la transformation fondamentale du rapport des citoyens avec le droit pénal (et donc aussi avec l'État) qui s'opère dans le premier tiers du XX^e siècle en raison de la judiciarisation d'activités reliées à l'automobile¹⁹. Somme toute, tout se passe comme si le droit était un monde à part plutôt qu'un des champs organisateurs

¹⁸ James Iain GOW, *Histoire de l'administration publique québécoise 1867-1970*, Montréal, P.U.M., 1986.

¹⁹ Voir à ce sujet : Clive EMSLEY, « "Mother, What Did Policemen Do When There Weren't Any Motors?" The Law, the Police and the Regulation of Motor Traffic in England, 1900-1939 », (1993) 36 *Historical Journal* 357.

fondamentaux du pouvoir étatique. Ironiquement, l'étude de Gow paraissait la même année qu'un article de Jean-Marie Fecteau qui propose une véritable enquête sur les rapports entre droit et État au Québec de la Conquête jusqu'à la Crise²⁰.

Outre le recours au cadre législatif, l'utilitarisme des historiens face au droit s'affiche aussi quand ceux-ci s'aventurent dans le reste du système judiciaire, notamment dans les archives judiciaires ou notariales. Comme Evelyn Kolish le souligne, la démarche est alors souvent l'inverse de celle des juristes²¹. Au lieu de partir du droit et puiser ensuite dans les archives judiciaires pour comprendre sa mise en application, la plupart de ces études partent d'une question historique, d'histoire sociale ou culturelle par exemple. Elles se tournent ensuite vers les archives judiciaires ou notariales comme source et vers le droit comme système qui explique cette source. La masse d'études qui tournent autour des inventaires après décès fournit un très bon exemple de cette démarche, pour laquelle la compréhension du droit devient avant tout une question de critique des sources²². Sans peut-être aller aussi loin que Jean-Guy Belley, qui met les historiens en garde contre la présomption que les archives judiciaires reflètent autre chose que les relations entre droit et société²³, il n'en reste pas moins qu'une telle démarche n'est pas propice au développement d'une analyse critique du droit en tant que tel.

En effet, l'approche utilitariste du droit amène la plupart des historiens du Québec à rejeter implicitement l'autonomie du droit en tant que champ de relations sociales. Depuis plusieurs années, on

²⁰ Jean-Marie FECTEAU, « Prolégomènes à une étude historique des rapports entre l'État et le droit dans la société québécoise, de la fin du XVIII^e siècle à la crise de 1929 », (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 129.

²¹ E. KOLISH, *loc. cit.*, note 7.

²² Par exemple, les travaux de Gilles Paquet et Jean-Pierre Wallot : voir Gilles PAQUET et Jean-Pierre WALLOT, « Les Inventaires après décès à Montréal au tournant du XIX^e siècle : préliminaires à une analyse », (1976) 30 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 163; Gilles PAQUET et Jean-Pierre WALLOT, « Structures sociales et niveaux de richesse dans les campagnes du Québec, 1792-1812 », dans Joseph GOY et Jean-Pierre WALLOT (dir.), *Évolution et éclatement du monde rural : structures, fondement et évolution différentielle des sociétés rurales française et québécoise, XVII^e-XX^e siècles*, Paris, École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1986, p. 239.

²³ Jean-Guy BELLEY, « Vers une sociologie historique de la justice québécoise. Réflexions en marge d'un ouvrage récent sur la justice civile sous le régime français », (1983) 24 *C. de D.* 409.

assiste à l'écllosion d'une historiographie internationale qui cherche à réhabiliter l'autonomie du monde juridique en voyant ce dernier comme étant aussi structurant des relations sociales et de pouvoir que structuré par elles²⁴. Pourtant, même dans les études sur l'histoire du Québec qui abordent directement le droit et le monde juridique, la question de l'autonomie du droit n'est souvent même pas posée. D'ordinaire, le droit est plutôt considéré avant tout comme un simple reflet de la société ambiante et des structures de pouvoir. Enne s'intéressant au droit que pour expliquer leurs sources ou pour refléter les attitudes sociales plus larges, les historiens se rangent donc, sans que ce ne soit explicite, du côté des historiens du droit, notamment les historiens américains, qui ne voyaient dans le droit qu'un reflet des relations sociales plus larges²⁵.

Prenons trois exemples concrets. Le premier est l'étude de Gérald Bernier et Daniel Salée sur l'État bas-canadien. La prémisse de la subordination du monde juridique au pouvoir étatique central ne peut être plus claire : « Véritable chien de garde du pouvoir d'État et des agents sociaux qui le représentaient, le judiciaire en renforçait et en étendait le pouvoir et l'autorité en maîtrisant toute forme de protestation, qu'elle soit issue du domaine politique ou civil »²⁶. Cette vision d'un droit entièrement dépendant d'une autorité centrale ne tient pourtant pas lorsqu'on la confronte à des observations empiriques plus poussées : au niveau local, par exemple, la justice fait l'objet de tiraillements constants entre différents groupes d'intérêts appartenant au monde des élites²⁷.

²⁴ On pense ici, entre autres, à l'historiographie inspirée par la *Critical Legal Studies*; voir, par exemple : Robert W. GORDON et William NELSON, « An Exchange on Critical Legal Studies », (1988) 6 *Law and History Review* 139. Pour une autre approche sur l'autonomie relative du droit, voir : David SUGARMAN, « Law, Economy and the State in England, 1750-1914: Some Major Issues », dans David SUGARMAN (dir.) *Legality, Ideology and the State*, London, Academic Press, 1983, p. 213.

²⁵ Il s'agit des historiens du droit du « Wisconsin School », comme Willard Hurst et Lawrence Friedman, qui mettaient l'accent sur les relations économiques; voir M. GROSSBERG, *loc. cit.*, note 8.

²⁶ Gérald BERNIER et Daniel SALÉE, *Entre l'ordre et la liberté : Colonialisme, pouvoir et transition vers le capitalisme dans le Québec du XIX^e siècle*, Montréal, Boréal, 1995, p. 160.

²⁷ Donald FYSON, « Local Judiciary, Local Power, and the Local State: The Justices of the Peace in Montreal, 1764-1830 », dans DeLloyd J. GUTH (dir.), *Canada's Legal History: Past, Present, Future*, Winnipeg, University of Winnipeg, 2001 (à paraître).

Le deuxième exemple est le livre récent de René Hardy sur la culture religieuse au Québec dans la deuxième moitié du XIX^e siècle²⁸. Dans cette étude fort intéressante, Hardy consacre deux chapitres à des phénomènes en grande partie juridiques, notamment le recours du clergé aux tribunaux pour la collecte de la dîme, la dénonciation des délateurs par le clergé et la répression du blasphème. Il nous présente un exemple classique de la démarche « historique » face aux sources juridiques. D'abord, il pose des problèmes historiques plus larges : par exemple, les relations entre curés et fidèles à partir du milieu du XIX^e siècle ou la notion du « réveil religieux ». Ensuite, il offre une esquisse sommaire du droit pertinent (par exemple, le droit entourant les obligations financières des fidèles envers l'Église) et une description des sources judiciaires utilisées. La majeure partie de son texte porte sur une analyse détaillée des causes judiciaires, toujours dans le but de répondre aux questions historiques de départ plutôt que d'utiliser ces exemples pour comprendre la mise en application du droit civil et criminel. Par exemple, il ne se pose pas la question de l'évolution, ou du manque d'évolution, des concepts de dette dans la jurisprudence (le Code civil de 1866 n'est même pas mentionné). De même, la transformation du traitement des blasphèmes (qui passent du statut de causes sérieuses jugées devant des tribunaux formels à celui de causes traitées sommairement devant la cour municipale) n'est pas mise en relation avec l'évolution plus générale de la justice pénale occidentale dont la tendance est au traitement sommaire de la vaste majorité des délits. L'auteur de l'étude ne se préoccupe plutôt que des questions sociales plus larges, de fidélité et de pouvoir clérical.

Prenons enfin les deux excellentes études de Marie-Aimée Cliche sur le droit criminel, qui portent sur l'infanticide et l'inceste²⁹. Pour ces études, Cliche se base surtout sur les archives judiciaires et sur la jurisprudence. À la différence de Bernier et Salée ou de Hardy, le droit est au cœur de ses intérêts. Tout de même, elle présente le droit criminel surtout comme véhicule des valeurs sociales ambiantes, comme le patriarcat ou les attitudes envers la sexualité, exprimées

²⁸ René HARDY, *Contrôle social et mutation de la culture religieuse au Québec, 1830-1930*, Montréal, Boréal, 1999, p. 157-208.

²⁹ Marie-Aimée CLICHE, « L'infanticide dans la région de Québec (1660-1969) », (1990) 44 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 31; Marie-Aimée CLICHE, « Un secret bien gardé : l'inceste dans la société traditionnelle québécoise, 1858-1938 », (1996) 50 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 201.

par les élites et les hommes de loi, et elle met assez peu d'accent sur la logique interne du droit. Par exemple, l'article sur l'inceste ne se penche que très sommairement sur le droit et affirme, entre autres, que l'inceste n'a été considéré comme crime au Canada qu'à partir de 1890, une affirmation douteuse³⁰. L'article sur l'infanticide porte un regard plus large sur l'évolution du droit et des attitudes juridiques, mais, en fin de compte, toujours dans le but de faire ressortir les valeurs sociales ambiantes. Ainsi, en dépit des systèmes et cultures juridiques manifestement différents, l'auteure affirme qu'il n'y a aucune différence entre le traitement juridique de l'infanticide en Ontario et au Québec, car « toutes ces sociétés participent à la même civilisation qui impose des normes de comportement sexuels différentes pour les hommes et les femmes »³¹.

Dans les trois cas, le recours au droit est donc le résultat d'un intérêt pour d'autres phénomènes, notamment les rapports de pouvoir, qui sont observés à travers le miroir du droit. Les conséquences pour la compréhension du droit en général sont importantes. En particulier, l'approche utilitariste rend difficile la mise en œuvre de tous les schémas analytiques développés pour le droit en tant que système social autonome. Donc, très peu nombreux sont les historiens non-juristes du Québec qui ont eu recours à des concepts comme ceux de champ juridique ou de culture juridique, qui l'un et l'autre présupposent une certaine autonomie, ou semi-autonomie, du droit. Pourtant, la richesse d'une approche qui mise sur l'autonomie relative du droit et du monde juridique plus généralement, sans oublier le caractère réciproque des rapports droit/société, est bien démontrée par des études comme celles de Jean-Marie Fecteau sur le droit d'association, de Richard Larue sur l'influence des idées de droit naturel sur la codification ou de Murray Greenwood sur la répression de la

³⁰ Quoique l'inceste n'est pas en soi un crime de droit commun, il est, selon Joseph-François Perrault, l'une des « actions impures et déshonnêtes » comprises sous le crime de libertinage (« *lewdness* ») : Joseph-François PERRAULT, *Questions et réponses sur le droit criminel du Bas-Canada, dédiées aux étudiants en droit*, Québec, 1814, p. 256 et 257. En tout cas, l'inceste constitue quand même un crime de droit canonique qui relève des cours ecclésiastiques; considérant l'absence de ces tribunaux au Québec, il y a alors matière intéressante à réfléchir sur la possibilité de punir ce crime avant 1890 (il est fort probable que cela ait été du ressort de la Cour du Banc du Roi/de la Reine).

³¹ M.-A. CLICHE, « L'infanticide dans la région de Québec (1660-1969) », *loc. cit.*, note 29, 59.

contestation politique³². Dans tous les cas, tout en misant sur l'imbrication du droit dans la société ambiante, les auteurs démontrent la nécessité d'aller au-delà de la simple vision du droit comme reflet direct du pouvoir dans la société en le voyant aussi comme producteur de normes. Ainsi que le conclut Jean-Marie Fecteau au sujet du droit d'association,

*[l]a capacité d'organisation des différents groupes et segments de la société, au sein de l'espace politique démocratique dominé par l'État, apparaît comme potentiellement porteuse d'un ordre juridique au sein duquel le pouvoir légitime de produire la norme serait diffusé dans la société civile, le pouvoir de l'État n'étant que l'instance suprême d'un ensemble normatif qui le transcenderait.*³³

B. L'utilité de l'utilitarisme

Les exemples présentés ci-dessus soulèvent pourtant une question fondamentale : est-ce que l'utilitarisme des historiens face au droit constitue véritablement un défaut? Est-il vraiment nécessaire de saisir toute la complexité théorique d'un système de droit pour en utiliser ses restes? Dans le cas de l'étude de Bernier et Salée, oui, car leur prémisse fondamentale est invalidée par l'autonomie partielle du droit. Par contre, tel n'est pas le cas pour les études de Hardy et de Cliche. Dans le cas de Hardy, la subordination du droit aux questions historiennes suit néanmoins la logique de départ de son étude, lui permet de se concentrer sur la réalité de la mise en application du droit et les conclusions qui en sortent sont fort intéressantes; il ne s'agit simplement pas d'histoire du droit. Dans le cas des articles de Cliche sur l'inceste et l'infanticide, il est question de phénomènes plutôt sociaux que juridiques, où l'importance du droit positif comme cadre normatif est sans doute beaucoup moindre que celle de la coutume non juridique. Par contre, dans ses articles sur le droit civil, Cliche

³² Jean-Marie FECTEAU, « Du droit d'association au droit social : essai sur la crise du droit libéral et l'émergence d'une alternative pluraliste à la norme étatique, 1850-1930 », (1997) 12 *Revue canadienne Droit et société* 143; Richard LARUE, « La codification des lois civiles au Bas-Canada et l'idée de loi naturelle », (1993) 34 *C. de D.* 5; Frank Murray GREENWOOD, *Legacies of Fear. Law and Politics in Quebec in the Era of the French Revolution*, Toronto, University of Toronto Press, 1993.

³³ J.-M. FECTEAU, *loc. cit.*, note 32.

s'attarde beaucoup plus au cadre juridique et au droit comme système en soi³⁴.

D'ailleurs, l'approche « historienne » des phénomènes juridiques a l'avantage certain de centrer l'examen du droit sur la pratique plutôt que sur la théorie, la doctrine ou la jurisprudence exceptionnelle. Un des reproches formulés par Masciotra dans son article historiographique de 1987 était que l'histoire du droit au Québec se concentrait trop exclusivement sur les lois, la jurisprudence, les causes rapportées, etc., bref, que l'historiographie s'adonnait à une histoire du droit plus traditionnellement « juridique »³⁵. Les dangers de cette approche trop juridique peuvent se voir dans les travaux de certains juristes-historiens. Évidemment, il y a les histoires juridiques classiques qui consistent surtout en de longs sommaires de textes juridiques, assortis de références ponctuelles à des témoignages de l'élite : les livres d'André Baccigalupo sur les administrations municipales ou de Pierre-E. Audet sur les officiers de justice en fournissent de bons exemples.³⁶ Mais même les travaux d'historiens-juristes sophistiqués souffrent souvent d'une approche méthodologique et conceptuelle excessivement juridique. Les travaux d'André Morel sur l'histoire du droit au Québec en sont un bon exemple. Autant ses critiques face aux historiens non-juristes étaient valables et le demeurent, autant ses propres travaux auraient bénéficié d'une perspective plus « historienne » et plus axée sur le fonctionnement réel du droit. Ainsi, Morel s'appuyait la plupart du temps sur les sources traditionnelles du juriste, notamment les lois, les causes importantes et les dires des élites; quand il consultait les archives, il n'appliquait pas vraiment la méthodologie rigoureuse de l'historien dans la sélection, la critique et la mise en contexte économique, sociale et politique du document, ce qui laisse souvent les conclusions de ses études ouvertes à la

³⁴ Marie-Aimée CLICHE, « Les filles-mères devant les tribunaux de Québec, 1850-1969 », (1991) 32 *Recherches sociographiques* 9; Marie-Aimée CLICHE, « Les procès en séparation de corps dans la région de Montréal, 1795-1879 », (1995) 49 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 3; Marie-Aimée CLICHE, « Puissance paternelle et intérêt de l'enfant : la garde des enfants lors des séparations de corps dans le district judiciaire de Montréal, 1795-1930 », (1997) 37 *Lien social et politiques-RIAC* 53.

³⁵ V. MASCOTRA, *loc. cit.*, note 5.

³⁶ Alain BACCIGALUPO, *Les administrations municipales québécoises, des origines à nos jours : anthologie administrative*, Montréal, Agence d'Arc, 1984; Pierre E. AUDET, *Les officiers de justice : des origines de la colonie jusqu'à nos jours*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986.

critique³⁷. De la même façon, David Howes, s'appuyant en grande partie sur l'absence de rapports juridiques imprimés, affirme que, pour ce qui est de la culture juridique, « la période se situant entre 1763 et 1866 au Québec correspond au stade oral de la culture occidentale »³⁸. L'historien qui consulte les volumineuses archives judiciaires et notariales pourrait lui dire qu'au contraire, le Québec de l'époque avait une culture juridique écrite et cela, bien plus que les pays de droit commun. La différence vient, évidemment, de la définition de culture juridique : pour Howes, il s'agit de la culture des « hommes de loi » tandis que pour un historien, depuis le

³⁷ Par exemple, l'hypothèse de Morel d'un « boycott » canadien des tribunaux entre la Conquête et l'Acte de Québec, que presque toutes les études ultérieures reprennent, semble basée sur un examen limité des archives de la Cour des plaidoyers communs (en l'occurrence, les séances supérieures). Il ne fait aucune comparaison avec la situation précédant la Conquête et son propos ne concerne que les affaires de famille définies de façon très étroite; dans le même article, sa proposition d'un recours systématique à l'arbitrage, devant les notaires par exemple, ne se fonde sur aucune vérification des archives notariales. De même, sa prémisse d'un mécontentement généralisé des Canadiens face au droit criminel anglais est fondée sur quelques déclarations d'élites, sans aucun examen réel du fonctionnement de la justice criminelle (où un mécontentement spécifiquement canadien est très difficile à discerner); voir : Donald FYSON, « The Biases of Ancien Régime Justice: The People and the Justices of the Peace in the District of Montreal, 1785-1830 », dans T. MYERS, K. BOYER, M.A. POUTANEN et S. WATT (dir.), *op. cit.*, note 12, p. 11. Son idée d'une stabilité immuable dans les attitudes envers la criminalité de la fin du XVIII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e est encore basée sur la lecture de quelques rapports de grands jurys et ne semble pas cadrer avec la multitude d'études qui démontrent un changement significatif dans ces attitudes (par exemple, face à la délinquance juvénile et à la prostitution). Son portrait de la justice criminelle au Bas-Canada d'avant 1840, excessivement sévère, est basé encore essentiellement sur la législation et sur quelques déclarations dans les journaux plutôt que sur un examen réel des punitions infligées. Enfin, à travers ses travaux, il traite les Canadiens comme un bloc homogène (par exemple, « Les Canadiens ne mirent pas longtemps à exprimer leur réprobation ») et est donc presque entièrement insensible aux divisions de classe et de genre qu'un historien social ne peut ignorer. André MOREL, « La réaction des Canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774 : Une forme de résistance passive », (1960) 20 *R. du B.* 53; André MOREL, « Les crimes et les peines : évolution des mentalités au Québec au XIX^e siècle », (1978) 8 *R.D.U.S.* 384; André MOREL, « La réception du droit criminel anglais au Québec (1760-1892) », (1978) 13 *R.J.T.* 449.

³⁸ David HOWES, « La domestication de la pensée juridique québécoise », (1989) 13 *Anthropologie et Sociétés* 103. L'historien pourrait aussi nuancer l'impression que Howes retient de l'historiographie quant au caractère foncièrement archaïque du système seigneurial qui se maintient dans le Québec d'avant 1854.

développement de l'histoire des mentalités, la notion de culture a forcément une définition beaucoup plus large.

Certes, il est essentiel de reconstruire la logique fondamentale du droit comme système normatif, à partir de ses propres règles, mais il ne faut pas oublier que, pour la plupart des membres d'une société, le droit est essentiellement vécu comme un ensemble de pratiques et de phénomènes concrets. Prenons l'exemple de la transformation du droit criminel opérée par la Conquête. Dans une perspective juridique, cette transformation ne fait aucun doute : après tout, le changement de couronne implique automatiquement le remplacement du droit criminel français préexistant par le droit criminel anglais et provoque donc un changement radical dans le monde juridique et dans la logique fondamentale du droit étatique. D'où l'importance de la Conquête comme date de césure dans toute l'histoire juridique du droit au Québec et l'existence d'articles avec des titres comme « The Advent of English (not French) Criminal Law and Procedure into Canada: A Close Call in 1774 »³⁹. Toutefois, cette notion d'une césure ne tient pas si nous mettons de côté la perspective juridique pour adopter une perspective historique qui se concentre sur la mise en opération quotidienne de la justice criminelle. Nonobstant les différences substantielles entre les droits criminels français et anglais, la plupart des crimes, mineurs et majeurs, qui sont réellement considérés par les tribunaux avant et après la Conquête sont définis essentiellement de la même façon et mènent à des punitions semblables⁴⁰. De la même manière, en dépit du statut incertain du droit civil français avant l'entrée en vigueur de l'*Acte de Québec* en 1775 et malgré les déclarations répétées de la « restauration » du droit civil canadien au même moment, les

³⁹ John Llewelyn Jones EDWARDS, « The Advent of English (not French) Criminal Law and Procedure into Canada: A Close Call in 1774 », (1984) 26 *Criminal L.Q.* 464; voir aussi : A. MOREL, *loc. cit.*, note 37; Claude DESAULNIERS, « La peine de mort dans la législation criminelle de 1760 à 1892 », (1977) 8 *R.G.D.* 141; Louis A. KNAFLA et Terry L. CHAPMAN, « Criminal Justice in Canada: A Comparative Study of the Maritimes and Lower Canada, 1760-1812 », (1983) 21 *Osgoode Hall L.J.* 245; Douglas HAY, « The Meanings of the Criminal Law in Quebec, 1764-1774 », dans John H. BAKER et Louis A. KNAFLA (dir.), *Crime and Criminal Justice in Europe and Canada*, Waterloo, Wilfrid Laurier University Press, 1985, p. 77; Jean-Marie FECTEAU, *Un nouvel ordre des choses : la pauvreté, le crime, l'État au Québec, de la fin du XVIII^e siècle à 1840*, Outremont, VLB Éditeur, 1989.

⁴⁰ J'ai élaboré sur ce thème dans une communication à la *American Society for Legal History* en octobre 1999, intitulée « Changes in the Penal Law in Quebec Across and After the Conquest ».

changements formels perdent une partie de leur importance si on constate que la pratique ne change pas. Donc, si la masse de petites causes civiles est déterminée selon l'équité aussi bien avant qu'après la Conquête, ou encore avant comme après l'Acte de Québec, si les Canadiens poursuivent leurs anciennes pratiques de contrats de mariage, de tutelles et de curatelles sans grand égard pour les changements théoriques du droit, ce changement est d'une moindre importance pour les individus concernés⁴¹. La perspective utilitariste de l'historien permet donc ici de sortir des préconceptions héritées des juristes.

Le problème n'est donc pas tant l'utilitarisme des historiens en général, qui amène au fond presque autant de bénéfices que de problèmes. Toutefois, la concentration des historiens sur l'approche utilitariste se fait aux dépens d'une réflexion plus synthétique sur la place du droit dans la société québécoise. Ce n'est donc pas surprenant s'il n'y a aucune synthèse générale de l'histoire du droit et de la société au Québec, mis à part les deux articles de John Dickinson (sur la Nouvelle-France) et de Murray Greenwood (sur le droit civil entre l'Acte de Québec et la codification)⁴². Il y a bien sûr des survols d'histoire du droit d'une perspective purement juridique, comme celui qui figure dans le volume de John Brierley et Roderick Macdonald sur le droit civil, mais il n'y a aucun équivalent des synthèses « droit et société » qui existent depuis longtemps pour d'autres sociétés⁴³. Est-ce donc surprenant que les auteurs de

⁴¹ Pour des exemples récents de la version « standard » de l'incertitude du droit civil pendant cette période, voir : Evelyn KOLISH, *Nationalismes et conflits de droits : le débat du droit privé au Québec, 1760-1840*, LaSalle, Hurtubise HMH, 1994, p. 29-43; Michel MORIN, « Histoire du droit : Les changements de régimes juridiques consécutifs à la Conquête de 1760 », (1997) 57 *R. du B.* 689, 695-698. Tout de même, aucune étude systématique n'a été faite de l'administration quotidienne de la justice civile au Québec entre la Conquête et l'Acte de Québec. Kolish se basant par exemple surtout sur les déclarations et les rapports des administrateurs d'époque et sur un décompte des causes.

⁴² John A. DICKINSON, « New France: Law, Courts, and the *Coutume de Paris*, 1608-1760 », (1996) 23 *Man. L.J.* 32; Murray GREENWOOD, « Lower Canada (Quebec): Transformation of Civil Law, from Higher Morality to Autonomous Will, 1774-1866 », (1996) 23 *Man. L.J.* 132.

⁴³ John BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD (dir.), *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 1993. Parmi des exemples de synthèses de droit et société provenant d'autres pays, on pourrait mentionner : K. HALL, *The Magic Mirror: Law in American History* (1989); L.M. FRIEDMAN, *A History of American Law* (1973); ou A. HARDING, *A Social History of English Law* (1966).

guides bibliographiques ou de synthèses plus générales n'accordent qu'une place mineure au droit?

III. Le positivisme

A. « Pour comprendre le droit, je n'ai qu'à lire les juristes » ou encore « Je sais ce que c'est qu'une loi! »

L'autre écueil qui guette les historiens abordant le droit est le positivisme. Je prends ici le terme dans son sens le plus large : l'idée simple, mais très courante parmi les historiens non-juristes, que le droit est un système, qu'il y a une science juridique qui décrit ce système et à laquelle l'historien peut faire appel, et qu'ainsi le droit est ce que disent les juristes et les lois. Ce positivisme est en d'autres termes le reflet du formalisme juridique qui a dominé la pensée juridique depuis la deuxième moitié du XIX^e siècle jusqu'à très récemment⁴⁴. Mais il rejoint aussi l'utilitarisme des historiens qui les amène à adopter un empirisme peu critique face au droit, ce qui rejoint donc l'empirisme des juristes positivistes.

Le positivisme des historiens face au droit n'est cependant pas nécessairement une prise de position réfléchie et entre même en partie en contradiction avec le refus général de considérer le droit comme champ social semi-autonome au niveau de la causalité historique. De fait, comme on l'a déjà vu, un bon nombre d'historiens rejettent d'emblée des aspects centraux du positivisme juridique, comme le refus de considérer le droit d'un point de vue socio-culturel ou moral plus large. L'orientation de départ des historiens, axée sur un problème historique plus large, les protège de ces excès. Mais très souvent, ce même utilitarisme fait en sorte que le regard critique des historiens ne se porte pas sur le droit en tant que système, mais plutôt sur soit la justice qui met en opération le droit, soit sur la politique qui le conçoit.

Le positivisme des historiens face au droit est d'abord visible dans leur acceptation de la notion qu'il existe un droit identifiable, facile à cerner, avec des catégories saisissables et des frontières définissables. Même les catégories qu'adoptent les historiens pour structurer leurs travaux s'orientent le plus souvent selon la logique interne du droit. L'exemple le plus clair est l'utilisation fréquente

⁴⁴ Pour les définitions variables de positivisme et formalisme, voir : A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, note 6, p. 268-270 et 461-463.

des grandes catégories juridiques comme droit public, droit criminel, droit civil ou droit constitutionnel. Prenons, par exemple, l'histoire de la justice criminelle. Il s'agissait déjà en 1987, selon Masciotra, du champ d'histoire du droit au Québec le plus prolifique⁴⁵ et cette prépondérance n'a guère changé depuis. Toutefois, la vaste majorité d'études en histoire du droit et de la justice criminels au Québec se limitent uniquement aux types d'activités qui sont, de nos jours, couverts par le *Code criminel*. Ainsi, la littérature historique est assez abondante sur l'histoire des violences majeures et mineures, sexuelles et autres, des vols, des crimes politiques, de la prostitution et du vagabondage, de la délinquance juvénile, et ainsi de suite. Par contre, le vaste domaine des délits réglementaires, municipaux ou autres infractions qui sont pour la plupart exclues du « criminel » en vertu de la logique du droit, n'a guère été touché par les historiens. Dans le cas des règlements municipaux, par exemple, que ce soit au niveau de leur évolution ou de leur mise en application quotidienne, très peu a été fait pour la période d'avant 1840 et absolument rien de systématique pour la période de 1840 à 1960⁴⁶. Loin d'être un simple aléa de la recherche en histoire au Québec, cette lacune découle d'une certaine notion préconçue de ce qui constitue le droit criminel. Par exemple, l'article important de Pierre Tremblay et André Normandeau sur l'emprisonnement à Montréal de 1845 à 1913 propose comme hypothèse de départ que « reconstituer l'économie pénale de la société montréalaise du XIX^e siècle signifie essentiellement retracer l'évolution du taux d'emprisonnement ». Compte tenu que les délits réglementaires ne sont pas pour la

⁴⁵ V. MASCOTRA, *loc. cit.*, note 5, 719.

⁴⁶ Pour la période d'avant 1840, il y a l'article de John A. DICKINSON, « Réflexions sur la police en Nouvelle-France », (1987) 32 *McGill L.J.* 497, et mes propres travaux sur les règlements municipaux avant 1830, par exemple : Donald FYSON, « Les structures étatiques locales à Montréal au début du XIX^e siècle », (1997) 17 *Cahiers d'histoire* 55. Par contre, la réglementation des années 1960 a été étudiée dans : Andrée LAJOIE, Régine ROBIN, Mario LEMOINE et Robert THIVIERGE, « Les rapports entre la réglementation municipale, les groupes locaux et leurs idéologies », dans CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PUBLIC, *Droit et société urbaine au Québec*, Montréal, Éditions Thémis, 1982, p. 123. Dans le même ouvrage, Pierre-André CÔTÉ et Jean-Marc DELACOSTE, « Le système judiciaire et l'espace urbain », p. 189, proposent une analyse des causes rapportées concernant les municipalités à la grandeur du Canada depuis 1898 jusqu'à 1977, mais pour la période d'avant 1957 le nombre de causes est très limité (probablement environ 35 pour le Québec) et l'étude se concentre sur la période contemporaine.

plupart punissables d'emprisonnement, mais uniquement d'amende, leur étude de l'économie « pénale » est donc limitée aux actes plus proprement « criminels »⁴⁷. Pourtant, ce n'est que par le biais des règlements municipaux et, par la suite, des règlements du code de la route, qu'un grand nombre de citoyens viennent en contact direct avec le droit criminel, un phénomène qui va en croissant tout au long de la première moitié du XX^e siècle. À la fin des années 1950, sur environ 500 000 condamnations de toutes natures au Québec, il y en a environ 450 000 qui concernent des infractions aux règlements de la circulation⁴⁸. Les résultats d'une exclusion des délits « mineurs » sont fondamentaux, car cela amène à conclure que le droit et la justice criminels ne concernent que des marginaux dans la société, les « classes dangereuses », qui sont celles avant tout visées par le droit plus « strictement » criminel.

Le positivisme des historiens, juristes aussi bien que non-juristes, se lit aussi dans la primauté accordée à la législation comme source du droit. De nos jours, le sens commun prend pour acquis que presque tout ce qui est important en droit fait l'objet d'une loi quelconque, mais ce « sens commun » est un produit de la prééminence du formalisme dans la pensée juridique depuis la fin du XIX^e siècle. Suivant la même démarche que celle des juristes formalistes qui retracent les origines d'une prise de position juridique, les historiens cherchent donc souvent à lier à une loi particulière le début d'une institution, d'une pratique ou d'une contrainte. Ils le font souvent sans se rappeler que, dans la plupart des systèmes de droit ancien, la pratique et la coutume précèdent fréquemment la législation. Un exemple de ce type de formalisme provient des études sur la genèse d'instances comme la police ou les municipalités, qu'on identifie dans le passé à l'aide de définition juridique actuelle, sans chercher à identifier ce qui aurait pu remplir la même fonction sociale tout en ayant une autre définition juridique. Ainsi, dans un article fréquemment cité, Allan Greer a pu parler de la « naissance » de la police au Bas-Canada en 1838, suite

⁴⁷ Pierre TREMBLAY et André NORMANDEAU, « L'économie pénale de la société montréalaise, 1845-1913 », (1986) 19 *Histoire Sociale* 177. Les auteurs abordent la question des amendes dans un autre article, mais uniquement dans la perspective des délits punissables, soit par l'amende, soit par l'emprisonnement : Pierre TREMBLAY et André NORMANDEAU, « La punition commune du crime : la prison et l'amende à Montréal de 1845 à 1913 », (1985) 18 *Criminologie* 43. La question des délits réglementaires n'est pas soulevée.

⁴⁸ *Annuaire statistique du Québec*, 1960.

à une ordonnance du Conseil spécial⁴⁹. De même, la plupart des historiens, juristes aussi bien que non-juristes, identifient les débuts du gouvernement municipal, soit avec les incorporations de Montréal et de Québec dans les années 1830, soit avec les premières lois municipales des années 1840⁵⁰. Pourtant, comme je l'ai démontré ailleurs, l'historien qui puise dans les archives judiciaires et administratives d'avant les années 1830 trouve à la fois police et administration municipale, *de facto*, sinon *de jure*.⁵¹ Le problème provient d'une application trop stricte d'une conception juridique actuelle de ce que constitue une police ou une administration municipale : contrôle central, règles bureaucratiques fixes et, surtout, un texte de loi qui établit formellement ces institutions. Une définition plus fonctionnaliste, qui se concentre sur les rôles que ces institutions occupent dans la société, nous permet d'échapper à cette vision trop formaliste de ces institutions fondamentales et de reconnaître leur existence réelle et juridique bien avant les textes de loi qui les « établissent ».

Le positivisme historien s'affiche aussi par un certain présentisme : l'application non critique de critères propres au droit contemporain aux systèmes de droit dans le passé. Prenons l'exemple du concept moderne d'efficacité fréquemment utilisé pour analyser et juger les systèmes de droit anciens. Par exemple, l'application de standards modernes d'uniformité, de contrôle central et d'efficacité du droit au Québec de la Conquête jusqu'aux Rébellions a supporté l'idée d'une décrépitude et d'un manque de modernité

⁴⁹ Allan GREER, « The Birth of the Police in Canada », dans Allan GREER et Ian Walter RADFORTH, *Colonial Leviathan: State Formation in Mid-Nineteenth-Century Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1992, p. 17.

⁵⁰ Par exemple : Jacques L'HEUREUX, « Les premières institutions municipales au Québec ou "machines à taxer" », (1979) 20 *C. de D.* 331, 337, qui déclare sans réserve que le Québec/Bas-Canada « ne connut pas d'institutions municipales avant 1831 »; voir aussi: A. BACCIGALUPO, *op. cit.*, note 36; Jane Matthews GLENN, « L'administration régionale et locale au Québec : la Rébellion de 1837 », (1988) 66 *Revue historique de droit français et étranger* 211. Une vision légèrement plus nuancée, mais qui présente néanmoins la période 1850-1900 comme celle des « premiers réseaux urbains », est présentée dans : Jacques LÉVEILLÉE et Marie-Odile TRÉPANIÉ, « Évolution de la législation relative à l'espace urbain au Québec », CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PUBLIC, *op. cit.*, note 47, p. 19.

⁵¹ D. FYSON, *loc. cit.*, note 46; Donald FYSON, « La paroisse et l'administration étatique sous le Régime britannique (1764-1840) », dans Serge COURVILLE et Normand SÉGUIN (dir.), *Atlas historique du Québec : La paroisse*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2001 (à paraître).

de ce système de droit. C'est le cas autant pour le droit civil, notamment dans les travaux de Hilda Neatby et d'Evelyn Kolish, que pour le droit criminel, tel qu'affirmé dans les travaux de Jean-Marie Fecteau, Douglas Hay, Louis Knafla et Terry Chapman, David-Thierry Ruddell, Allan Greer et autres⁵². Chacune de ces études fait état d'un cafouillis monumental dans le droit et dans son administration, citant de nombreux exemples de lois contradictoires, de jugements arbitraires, d'administration chaotique, bref, d'injustice généralisée.

En fait, cette perspective relève d'un double présentisme. D'une part, il s'agit surtout de l'application de standards modernes *idéaux* à un passé *réel*. Qu'on ne prenne qu'un exemple, celui de la recherche de la certitude dans la punition. Sans aucun doute, il s'agit d'un des principes fondamentaux du droit criminel moderne; il était probablement à l'origine de la transformation du droit et de la justice criminels au cours du XIX^e siècle, tel que l'a proposé Martin Dufresne dans un article récent sur la réforme du droit criminel pour les cas de violence interpersonnelle⁵³. Mais il ne fait pas de doute non plus que le manque de certitude est encore une des caractéristiques fondamentales de la justice pénale contemporaine : on n'a qu'à penser à la mise en application actuelle du code de la route ou de la réglementation municipale, qui ne relève aucunement de la certitude de la punition⁵⁴. En tout cas, comme Jonathan Swainger nous le rappelle dans son étude sur les juges du Québec après la Confédération, la mise en place d'un système juridique fondé sur des notions de rationalité et d'efficacité, comme dans le cas de la réforme de Cartier de 1857, ne garantit aucunement qu'un système rationnel et efficace soit réellement constitué sur le terrain⁵⁵.

⁵² H.M. NEATBY, *The Administration of Justice Under the Quebec Act (1937)*; E. KOLISH, *op. cit.*, note 41; J.-M. FECTEAU, *op. cit.*, note 39; D. HAY, *loc. cit.*, note 39; L.A. KNAFLA et T.L. CHAPMAN, *loc. cit.*, note 39; D.-T. RUDDELL, *op. cit.*, note 17; Allan GREER, *The Patriots and the People: The Rebellion of 1837 in Rural Lower Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1993, p. 52-119.

⁵³ M. DUFRESNE, *loc. cit.*, note 14.

⁵⁴ À ce sujet, voir : Thomas GABOR, « *Everybody Does It!* »: *Crime by the Public*, Toronto, University of Toronto Press, 1994.

⁵⁵ Jonathan SWAINGER, « A Bench in Disarray: The Quebec Judiciary and the Federal Department of Justice, 1867-1878 », (1993) 34 *C. de D.* 59. Sur le succès partiel des tentatives de rationalisation, voir aussi : J.-M. FECTEAU, *loc. cit.*, note 32. D'ailleurs, ce qui manque dans presque toutes les études qui en viennent à ces conclusions, ce sont des recherches poussées de la justice au quotidien.

D'autre part, des caractéristiques comme l'uniformité et la centralisation ne sont pas des *sine qua non* d'une justice équitable; elles relèvent plutôt d'une conception moderniste et positiviste du droit, produit de ce même XIX^e siècle. L'existence et la tolérance de multiples droits locaux, comme nous le rappelait récemment Jean-Guy Belley, sont caractéristiques autant du droit dans des sociétés au stade de la modernité avancée que du droit venu de la profondeur des âges. Un système juridique « inefficace » peut bien être plus adapté à sa société ambiante, même plus équitable, qu'un droit uniforme et centralisé; peut-être s'agit-il, comme le dit Belley, d'« une avenue de progrès pour les promoteurs d'un nouvel ordre social à construire »⁵⁶. Plus concrètement, la tolérance de l'ancien droit canadien dans la décennie suivant la Conquête, dénoncée comme élément de confusion, a sans doute été plus positive que l'imposition soudaine et sans appel du droit civil anglais. De même, comme Sylvio Normand l'a bien démontré, l'existence de formes de justice alternatives dans les campagnes québécoises au tournant du XX^e siècle, comme la conciliation par les Cours des commissaires, a probablement bien servi la population locale tout en suscitant l'agacement des juges des tribunaux supérieurs « face à des cours qui rendent leurs décisions suivant une norme autre que le droit »⁵⁷. Enfin, il ne faut pas oublier que l'efficacité croissante des systèmes juridiques du XIX^e siècle a eu tendance avant tout à accroître l'emprise des hommes blancs de l'élite sur les autres éléments de la société⁵⁸. Somme toute, le jugement porté sur un système de droit passé à partir des critères d'unicité, d'efficacité et de rationalité est davantage le produit d'une perspective présente et positiviste du droit.

Il est très facile de trouver, parmi des milliers de causes, des exemples d'inefficacité, d'injustice, qui peuvent servir d'exemples frappants dans une enquête ou une étude historique. Pourtant, sans une étude systématique de la justice au quotidien, on n'est aucunement en mesure de déterminer si ces exemples sont représentatifs ou exceptionnels.

⁵⁶ Jean-Guy BELLEY, « Le Droit comme *terra incognita* : Conquérir et construire le pluralisme juridique », (1997) 12 *Revue canadienne droit et société* 1.

⁵⁷ Sylvio NORMAND, « Justice civile et communauté rurale au Québec, 1880-1920 », (1984) 25 *C. de D.* 579.

⁵⁸ Pour prendre un exemple parmi tant d'autres, voir : Sarah SCHMIDT, « "Private" Acts in "Public" Spaces: Parks in Turn-of-the-Century Montreal », dans T. MYERS, K. BOYER, M.A. POUTANEN et S. WATT (dir.), *op. cit.*, note 12, p. 129.

B. Le positif du positivisme

Compte tenu du rejet nécessaire du formalisme, élément essentiel du positivisme, il est évidemment plus difficile de tirer profit du positivisme, d'autant plus que, dans sa forme juridique, il a surtout servi à défendre l'emprise des plus puissants sur le droit. Toutefois, un rejet complet de la vision positiviste du droit comprend aussi des inconvénients. Je vais illustrer cela en prenant comme point de départ les propositions de ceux qui nous somment d'abandonner le positivisme pour ce qui est souvent présenté comme son contraire, le pluralisme juridique.

En soi, le pluralisme juridique semble une voie très prometteuse pour l'histoire du droit, malgré les nombreuses critiques à son égard⁵⁹. Après tout, il permet précisément de sortir de cette vision positiviste d'un droit centralisé, rationnel et uniforme. Dans sa forme la plus développée de pluralisme juridique « fort », il nous propose la vision d'un « régime décentralisé d'interactions fluctuantes, voire chaotiques, entre des ordres juridiques engagés simultanément dans des pratiques d'autonomie et d'interdépendance », un régime dans lequel le droit officiel n'est qu'un parmi plusieurs ordres juridiques égaux⁶⁰. Nous allons y revenir, mais même en ne s'en tenant qu'au droit « officiel », le pluralisme juridique « faible » ou « interne » permet de remettre en question la conception d'un droit étatique monolithique. Ce pluralisme juridique interne, avancé par exemple dans les travaux de Harry Arthurs⁶¹, me semble très prometteur pour expliquer les failles évidentes de la mise en place de l'ordre juridique libéral dans la deuxième moitié du XIX^e siècle, ainsi que le suggère Jean-Marie Fecteau avec sa notion de création et de maintien, auprès du système juridique étatique, de « strates et [de] zones souvent conflictuelles, autant en matière de production de normes que d'administration de la justice ».⁶²

⁵⁹ Par exemple: Brian Z. TAMANAHA, «The Folly of the “Social Scientific” Concept of Legal Pluralism », (1993) 20 *Journal of Law and Society* 192; voir aussi : Vittorio OLGIATI, « Le Pluralisme juridique comme lutte pour le droit: la folie théorique et méthodologique d'une récente proposition », (1997) 12 *Revue canadienne droit et société* 47.

⁶⁰ J.-G. BELLEY, *loc. cit.*, note 56.

⁶¹ Harry William ARTHURS, « *Without the Law* »: *Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth-Century England*, Toronto, University of Toronto Press, 1985.

⁶² J.-M. FECTEAU, *loc. cit.*, note 32, 147.

Mais malgré son utilité évidente et sa percée en sociologie du droit (et, dans une certaine mesure, parmi les juristes-historiens), le pluralisme juridique n'a eu presque aucun impact sur la façon dont les historiens non-juristes abordent le droit. La notion d'un droit étatique fragmenté mais pas incohérent, ouvert à la manipulation mais autonome, commence à peine à être exploitée par les historiens du droit au Québec. Comme je l'ai déjà démontré, le droit pour les historiens reste pour la plupart d'entre eux le droit tel que décrit dans les lois et commenté par les juristes, avec une attention particulière pour la législation des instances centrales, pour les décisions des tribunaux supérieurs, etc. Plus encore, tout ce qui est en dehors du cadre juridique « formel » décrit par les lois est d'habitude vu comme relevant tout au plus de l'infrajudiciaire, sinon de la coutume ou de la culture populaire. Par exemple, dans son article sur le traitement juridique de la violence interpersonnelle, Martin Dufresne s'étonne du grand nombre de poursuites pour assaut dans les années 1830 qui sont déposées devant les juges de paix, mais qui ne sont jamais poursuivies jusqu'à leur aboutissement formel devant les tribunaux.⁶³ Pour expliquer cette contradiction apparente entre les règles formelles du droit et leur mise en application réelle, il avance l'idée que la justice pénale a été « colonisée » par l'infrajudiciaire, une colonisation par la suite refoulée par des réformes de la justice pénale qui resserrent le processus judiciaire pour le rendre plus certain et plus expéditif. Mais pourquoi l'existence d'initiative privée au sein de la justice officielle ressortirait-elle de l'ordre de l'« infrajustice »? Faut-il donc voir l'infrajustice dans toute initiative prise de la part des partis plutôt que des officiers de justice, ce qui fera basculer la justice civile au complet dans le camp de l'infrajustice? D'autant plus que, tel que Dufresne l'admet, même les auteurs de jurisprudence ne sont pas d'accord sur le caractère nécessairement public des poursuites pour assauts mineurs, certains les assimilant à des causes de nature privée. Force est de constater que la notion de pluralisme interne, avec son accent sur le manque de cohésion interne du droit, pourrait bien servir ici sans besoin de recourir à un concept mal

⁶³ M. DUFRESNE, *loc. cit.*, note 14. Il s'agit d'ailleurs du même phénomène que j'ai observé dans le district de Montréal; voir : D. FYSON, *loc. cit.*, note 37; Donald FYSON, *Criminal Justice, Civil Society, and the Local State: The Justices of the Peace in the District of Montreal, 1764-1830*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1995.

défini comme celui d'infrajudiciaire. D'autant plus que même après la « réforme » de la justice pénale, la poursuite des violences interpersonnelles mineures, comme c'est encore le cas aujourd'hui, est laissée à l'initiative des parties. Il n'y a donc aucune indication réelle d'une « liquidation formelle de la justice pénale d'Ancien Régime » en ce qui concerne le caractère privé de ces types de poursuites, mais plutôt une persistance de cette fragmentation interne d'un système juridique qui dessine mal les frontières entre droit public et droit privé⁶⁴.

Si le pluralisme juridique « faible » semble prometteur, l'application du pluralisme juridique « fort » à l'étude du droit dans le passé est peut-être moins utile. Un des aspects centraux du pluralisme juridique fort est notamment inquiétant pour des historiens qui s'intéressent aux rapports de pouvoir dans la société en ce qu'il amène à considérer le droit « officiel » strictement sur le même plan que tous les autres droits. Pour citer Jean-Guy Belley, « l'idéal scientifique serait que nous parvenions à concevoir le droit [...] comme une simple normativité parmi plusieurs autres et non comme une force sociale éminente » et encore, « la première prénotion à écarter est évidemment celle qui consiste à ramener toute la phénoménologie du droit à l'action directe ou indirecte de l'État ». L'origine de cette volonté de découpler droit et État est compréhensible : c'est une réaction contre la position positiviste qui fait une équation entre droit et droit étatique, et érige, en même temps, ce droit (étatique) en arbitre ultime et incontournable des relations humaines. Pourtant, au

⁶⁴ D'ailleurs, le guide juridique de Jacques Crémazie, publié en 1842 (donc **après** la réforme du droit pénal) et qui sert de texte de base pour un grand nombre de juristes, est très clair au sujet de la nature privée des assauts communs. « Comme ces offenses affectent plus particulièrement les individus que la société en général, la cour permet souvent au poursuivant et au défendeur de s'entendre entre eux, avant que le jugement soit prononcé » : Jacques CRÉMAZIE, *Les lois criminelles anglaises, traduites et compilées de Blackstone, Chitty, Russell et autres criminalistes anglais, et telles que suivies en Canada*. Québec, Fréchette, 1842, p. 89. Que cela ait été suivi ou non devant les tribunaux reste à déterminer. En tout cas, une condamnation pour voie de fait simple, même dans le contexte d'une justice sommaire et expéditive, est presque impossible sans l'assentiment de la victime. Voir à ce sujet : Kathryn HARVEY, « Amazons and Victims: Resisting Wife-Abuse in Working-Class Montreal, 1869-1879 », (1991) 2 *Journal of the Canadian Historical Association* 131.

moins dans le passé, le droit officiel de l'État se démarque très certainement des autres systèmes normatifs, entre autres par son contrôle d'une force de persuasion particulière, c'est-à-dire la violence légitimée. D'un point de vue phénoménologique, le droit étatique a donc un visage particulier, celui des groupes plus ou moins organisés d'hommes (police, huissiers, armée) qui exécutent, avec force, les ordres des tribunaux. Mettre l'ordre normatif qui contrôle cette force sur le même pied que les multiples autres ordres normatifs me semble ignorer les effets très réels d'un système de droit qui, avant tous les autres, pouvait disposer d'une telle force légitimée.

Là surgit une des différences majeures entre l'historien du droit et le sociologue du droit, ou l'anthropologue du droit, ou même le juriste. Le pluralisme juridique est souvent présenté comme un outil dans la « lutte » pour le droit, contre l'hégémonie étatique, et relève souvent d'une volonté de changer radicalement le paradigme juridique actuel⁶⁵. L'historien ne peut avoir cette même visée, car sa matière essentielle, le passé, n'est ouvert qu'à la description, l'analyse et la compréhension : il ne peut pas lutter pour changer un droit qui est déjà passé. Que les traditions populaires, la sanction communautaire, les règlements quotidiens, soient désignés droit ou non par l'historien devient un exercice plutôt sémantique, en autant que l'importance de ces autres formes de normativités ne soient pas dévalorisées face au droit positif.

Par contre, en se concentrant sur le droit « officiel » ou « étatique » du passé, l'historien peut certainement porter un regard critique sur ce droit et même y porter un jugement moral et éthique. En effet, pour éviter l'historicisme et le relativisme absolu face au droit passé, pour refuser les aspects du positivisme qui mènent à accepter les actions des juges comme de simples mises en application des règles de jeu du droit, il peut lui-même adopter une forme de présentisme moral face aux injustices du passé. Mais cette prise de position morale en est une face au droit officiel et l'historien est donc encore pris avec la nécessité de comprendre ce système, ses règles internes,

⁶⁵ Outre les articles de J.-G. BELLEY, *loc. cit.*, note 56, et V. OLGATI, *loc. cit.*, note 59, voir aussi, par exemple : Martha-Marie KLEINHANS et Roderick A. MACDONALD, « What is a Critical Legal Pluralism », (1997) 12 *Revue canadienne droit et société* 25.

ses catégories, etc., et donc, de se référer aux juristes, aux règles formelles, bref, au droit positif.

*

* *

L'utilitarisme et le positivisme sont donc deux tendances qui caractérisent une bonne partie de l'histoire du droit au Québec telle qu'elle est pratiquée par des historiens non-juristes. L'utilitarisme a mené à une vision globale du passé québécois dans laquelle le droit en tant que tel est absent dans une large mesure, une absence qui est d'autant plus surprenante compte tenu de la place de choix que le droit civil et la tradition civiliste détiennent dans la rhétorique et la réalité de l'identité québécoise. L'utilitarisme des historiens face au droit a souvent aussi amené ceux-ci à ne pas adopter les outils conceptuels développés spécifiquement pour le droit, en tant que champ social semi-autonome, et a donc empêché substantiellement le développement d'une vision synthétique de l'histoire du droit au Québec qui va plus loin que les histoires « internes » du droit destinées aux juristes. Quant au positivisme, il a eu tendance à mener les historiens à adopter avec peu de critique des conceptions formalistes et présentistes du droit ou des systèmes juridiques, ce qui explique que les historiens ne se sont pas prévalus d'outils conceptuels et heuristiques comme le pluralisme juridique.

Cela dit, l'utilitarisme et le positivisme des historiens ne sont pas sans leurs avantages, en particulier face à l'histoire du droit plus juridique. La démarche utilitariste des historiens leur permet d'éviter le divorce entre droit et contexte social qui caractérisait une bonne partie de l'histoire du droit classique des juristes-historiens, car presque toute approche « historienne » du droit replace fermement ce dernier dans son contexte social. Encore plus, malgré la distinction établie au début de cet article, entre le droit en tant qu'ordre normatif (les règles) et le champ ou système juridique plus large (les pratiques et les institutions), il devrait être évident que l'utilitarisme des historiens permette aisément de franchir cette frontière : pour la plupart des historiens non-juristes, il n'y a aucun droit sans sa mise en application. Enfin, pour ce qui est du positivisme des historiens, le fait que ceux-ci se concentrent sur le droit étatique, positif, n'est pas sans fondement, compte tenu de l'accès au pouvoir différentiel qui caractérise les systèmes normatifs étatiques et non-étatiques.

Au-delà de cette discussion sommaire de deux aspects de l'histoire du droit au Québec, d'autres pistes méthodologiques et analytiques méritent une exploration plus poussée, en particulier si nous élargissons notre cadre d'analyse au monde juridique plus général. Par exemple, l'histoire du droit, comme d'ailleurs la sociologie du droit, est passée par une phase largement inspirée par l'approche science sociale, avec une utilisation abondante de statistiques et un recours à des constructions ou concepts abstraits et impersonnels⁶⁶. Cela était une réaction tout à fait compréhensible à l'ancienne histoire juridique du droit, avec ses biographies de juges, ses causes célèbres, etc. Depuis quelques années, la roue commence néanmoins à tourner et on assiste à un retour de l'individu dans les histoires sociales du droit du Québec, en particulier avec la reconstitution fine des expériences individuelles des justiciables⁶⁷. Toujours suivant la perspective utilitariste, ces types de reconstitutions touchent les événements qui mènent au contact avec le monde juridique – ou, tout au plus, les contacts entre les justiciables et la police, davantage que l'expérience de droit et de la justice vécue par les justiciables. Pourtant, les possibilités de ce retour à l'individu touché par le droit pourraient être mieux développées, entre autres par l'utilisation plus systématique de la reconstruction emphatique du vécu du droit.

Qu'entend-on par une reconstruction emphatique du vécu du droit? D'une part, cela peut impliquer tout simplement le changement de perspective déjà suggéré qui consiste à adopter fermement le point de vue de ceux et celles qui viennent en contact avec le droit et le système juridique; cela renvoie, en quelque sorte, à une histoire du droit examinée d'en bas. Vu d'en haut, le droit est certainement un système très complexe de règles, de structures et de pratiques, que même un professionnel a de la difficulté à maîtriser; d'où la nécessité des recueils de jurisprudence, des guides pratiques, bref, de toute la production et la consommation des publications juridiques. Mais vu d'en bas, le droit et la justice ne passent pas par les textes de loi ou les livres des juristes mais par les individus et les pratiques concrètes qui les véhiculent : de la perspective d'un Canadien suivant la Conquête, des aspects

⁶⁶ Les études de l'histoire de l'emprisonnement fournissent un bon exemple; voir : P. TREMBLAY et A. NORMANDEAU, *loc. cit.*, note 47.

⁶⁷ L'histoire juridique des femmes a fait figure de pionnière à cet égard : par exemple, les travaux sur la prostitution (voir note 12) ou la violence domestique : K. HARVEY, *loc. cit.*, note 64.

juridiquement anodins comme les heures d'ouverture du bureau du greffier ou la langue parlée par le magistrat deviennent des phénomènes aussi importants que le remplacement des voies de fait du droit français par l'« assaut et batterie » du droit anglais. Vu d'en haut, les causes qui attirent le plus l'attention du juriste, qui méritent donc d'être rapportées, sont celles qui posent un problème particulier de droit, le plus souvent des causes civiles complexes. Vu d'en bas, ce sont les causes les plus ordinaires, les plus standards, cette masse de petites causes civiles et pénales, jamais rapportées et à peine discutées dans les recueils de jurisprudence, qui forment l'essentiel du vécu juridique de la population et qui s'ajoutent aux causes criminelles sensationnelles façonnant l'imaginaire populaire. Même des transformations radicales au niveau théorique, comme celles effectuées au Québec en 1763, en 1775 ou en 1866, prennent une toute autre allure si on adopte la perspective de la population en général, pour qui elles passent souvent presque inaperçues.

D'autre part, l'empathie peut aussi nous permettre de mieux saisir les émotions des acteurs historiques et ainsi rejoindre leurs motivations. Ainsi, nous pouvons comprendre de façon emphatique les notions de justice qui portent quelqu'un à se plaindre contre un individu qui l'a frappé, fraudé, insulté, et qui souvent guident aussi la construction du droit, la nature des jugements, etc. Nous pouvons aussi comprendre la peur qui doit nécessairement affliger la plupart des condamnés avant leur exécution, ce qui nous amène à remettre en question ces portraits édifiants, répétés encore et encore dans les brochures du temps, qui décrivent des meurtriers et meurtrières du Québec du XIX^e siècle embrassant le Christ avant de monter stoïquement à l'échafaud⁶⁸. Les études d'histoire du droit et de la société les plus accomplies utilisent pleinement ces types de démarches pour nous replacer dans la peau de ceux et celles qui ont vécu le droit. Par exemple, une des forces principales de l'étude magistrale de Constance Backhouse, *Petticoats and Prejudice*:

⁶⁸ Voir, par exemple, la brochure *Procès et exécution de Marie-Anne Crispin et de J.B. Desforges, accusés du meurtre de Catherine Prévost, épouse d'Antoine Desforges, trouvés coupables et condamnés à être pendus, le 25 juin 1858*, Montréal, 1858; en dépit d'une description presque sainte du comportement de Crispin dans la brochure, elle s'est en réalité débattue avec toutes ses forces contre le bourreau : Frank W. ANDERSON, *A Concise History of Capital Punishment in Canada*, Aldergrove, Frontier Publishing, 1973, p. 22. (Mes remerciements à Marcel Lévesque pour avoir porté cette cause à mon attention).

Women and the Law in Nineteenth-Century Canada est précisément cette technique d'appel à l'imaginaire, fortement structurée par nos expériences présentes⁶⁹. Évidemment, il y a des limites à ce type de reconstruction qui doit être couplée à des démarches analytiques plus traditionnelles. L'utilisation à outrance des études de cas, entre autres, peut mener à un affaiblissement de l'analyse apportée à un problème historique⁷⁰. Mais cette démarche emphatique reste néanmoins un outil heuristique intéressant qui est encore peu exploité dans l'historiographie du droit et de la justice au Québec. Car après tout, tout champ social semi-autonome ou autonome qu'il soit, le droit reste une conception humaine, portée par des individus qui en tirent profit ou peine.

⁶⁹ Constance BACKHOUSE, *Petticoats and Prejudice: Women and Law in Nineteenth Century Canada*, Toronto, Women's Press, 1991; voir, par exemple : la reconstruction des motivations des acteurs dans le cas du mariage « illégal » entre Zoé Mignault et Frederick Hapinian, p. 28-39.

⁷⁰ Tel que le signale Margaret McCallum, « *the mere compilation of example after example [...] is closer to voyeurism or journalism than historical inquiry* » : M. McCALLUM, *loc. cit.*, note 15, 153 et 154).