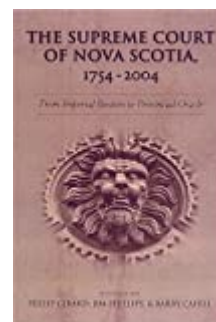


Philip Girard, Jim Phillips, Barry Cahill, eds. *The Supreme Court of Nova Scotia, 1754-2004: From Imperial Bastion to Provincial Oracle*. Toronto : University of Toronto Press, 2004. 550 pp. \$75.00 (cloth), ISBN 978-0-8020-8021-9.



Reviewed by Jean-Philippe Garneau (Centre interuniversitaire d'études québécoises (CIEQ), Université Laval, Québec)

Published on H-Canada (June, 2005)

Entre commémoration et interprétation : ou comment faire l'histoire du plus vieux tribunal canadien

Le dernier volume publié par la *Osgoode Society for Canadian Legal History* repose à l'origine sur un projet de commémoration : l'ouvrage célèbre en effet, mais sans complaisance, le 250^e anniversaire de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (CSNE). Plutôt que d'écrire seule cette histoire, Philip Girard, Jim Phillips et Barry Cahill se sont entourés de collaborateurs pour multiplier les expertises et les points de vue. L'ouvrage collectif compte ainsi quelque 12 études et tient moins de la commémoration que d'une production scientifique de haut niveau. Dans l'ensemble, les auteurs nous livrent un panorama riche et contrasté de l'institution, qui contribue à cette dimension plus globale de l'histoire juridique canadienne : la place des tribunaux provinciaux dans l'ordre juridique colonial ou national. Comme le sous-titre l'indique (*From Imperial Bastion to Provincial Oracle*) et malgré l'éclectisme de la formule collective, l'ouvrage suggère une interprétation globale de l'évolution de la CSNE axée sur la construction d'une certaine spécificité nationale-écossaise. En ce sens, le livre est tout autant une contribu-

tion à l'histoire de la Nouvelle-Écosse qu'à l'histoire juridique canadienne. À bien des égards, l'entreprise répond à l'appel lancé par de précédents travaux, particulièrement le troisième volume de la série *Essays in the History of Canadian Law* dirigé par Philip Girard et Jim Phillips.[1] Par les thèmes et les problématiques abordés cependant (voir ce qui suit), *The Supreme Court of Nova Scotia* dépasse largement les seuls horizons provinciaux ou même nationaux et fait écho aux plus récents travaux de ce que certains ont appelé "the next new legal history".[2]

Le livre se divise en trois parties d'inégales longueurs (Introduction, Overviews et Case Studies). Les deux premières contributions, placées dans la partie introductive du livre, donnent un aperçu du contexte anglais et colonial de l'administration de la justice à l'époque où la CSNE fut établie. Dans un premier temps, Douglas Hay brosse un excellent tableau des cours anglaises de *Common Law* au XVIII^e siècle. On retrouve ici certaines des

pratiques d'occupations chères à l'auteur, proche de l'anthropologie juridique. Les multiples significations de la justice sont évoquées, tant dans le bêtier ou le dictionnaire des tribunaux de Westminster que dans les cérémonies du pouvoir auxquelles leur activité donne lieu. Ce texte fait également le point sur plusieurs problèmes de l'historiographie des dernières années, notamment le déclin de l'activité judiciaire au XVIIIe siècle et ses causes probables (particulièrement la cherté croissante de la justice selon Hay). Elizabeth Mancke, quant à elle, situe avec beaucoup de justesse le contexte impérial de l'établissement de la CSNE. Elle insiste sur la rupture que cet avènement crée dans la gestion anglaise de la justice coloniale ("an Imperial turn"), désormais plus centralisatrice mais paradoxalement plus ouverte à la diversité juridique du monde britannique. L'auteur perçoit tout de même une certaine tension entre la spécificité nationale et l'univers plus large du *Common Law*. Certes, les juges de la CSNE appartiennent à une élite impériale et diffusent une nouvelle "cultural sensibility about a shared system of English liberty and law" (p. 31). Mais, à partir de 1783 surtout, la culture juridique de la Nouvelle-Écosse s'enracine dans une dynamique tournée vers le passé (la réception du droit anglais en est l'exemple le plus évident), ce qui la distinguerait de la culture américaine ou même anglaise. Travaillant sur l'histoire juridique qu'abaisse des XVIIIe et XIXe siècles, ce rapport au passé me semble en effet une réalité fondatrice de l'identité juridique mais aussi collective des colonies canadiennes, quoique, dans le cas du Québec, se rapportait à l'amplification par une rupture bien connue (la Conquête britannique de 1760 ou la Cession française de 1763, c'est selon?). En fait, les liens entre le droit et l'histoire (en tant que rapport au passé) me paraissent avoir très peu été explorés jusqu'ici et l'apport de Mancke mérite à cet égard d'être souligné à grand trait.

Après cette partie sur le contexte originel de la CSNE, habile et très pertinente concession faite aux exigences du genre commémoratif, la section *Overviews* trace les principaux traits du plus haut tribunal national-écossais dans la longue durée. Deux chapitres racontent d'abord, souvent données fraîches à l'appui, l'histoire de la cour dans ses dimensions institutionnelles, politiques et socio-économiques. C'est ici que l'on retrouve le grand récit auquel les directeurs n'ont pas voulu consacrer

l'ensemble de l'ouvrage. Encore faut-il préciser que la narration n'a rien d'une histoire édifiante même si les auteurs ne s'aventurent pas beaucoup dans la critique sociale d'une institution qui, par son rôle primordial dans les rapports de domination, aurait pu se mériter quelques coups de griffes. Pour les directeurs, qui signent les deux textes, 1867 constitue une date importante dans l'évolution et les transformations de la CSNE, du moins aux niveaux institutionnels et politiques, d'en partageant le récit en une époque pré-confédérative (Jim Phillips et Barry Cahill) et une période canadienne (Philip Girard). Bien sûr, l'avènement de la fédération canadienne est au plus l'amorce d'une transformation à moyen terme, comme les auteurs le reconnaissent eux-mêmes : d'autres modifications (comme l'érection de la Cour Suprême du Canada en 1875) passent tout autant dans la balance. D'ailleurs, dans sa dimension plus culturelle, l'évolution paraît bien s'être infléchie dans le dernier quart du XIXe siècle, comme le révèle plusieurs études de la dernière partie de l'ouvrage (voir plus bas). En dernière analyse, le travail de synthèse auquel les trois historiens se sont livrés est remarquable par la diversité des thèmes envisagés (compétence, organisation et personnel du tribunal, volume de l'activité judiciaire civile et criminelle, profession et enseignement juridiques), par les recherches neuves qui y sont intégrées et par la clarté de l'interprétation des transformations de la CSNE. Doit-on regretter cependant que certains sujets n'aient pas été intégrés au récit parce que traités ailleurs, comme le fait Girard au sujet de la "renaissance" des professions et de la science juridiques au tournant des XIXe et XXe siècles?[3] C'est mon sentiment, un peu comme il m'a semblé dommage de ne pas disposer d'un texte qui fasse véritablement la synthèse des biographies collectives des juges de la CSNE entre 1754 et 2000. Il est vrai que R. Blake Brown et Susan S. Jones, dans la prosopographie qu'ils nous proposent pour les années 1900 à 2000, prennent bien soin de rappeler les principales conclusions que Clara Greco avait mises sur la magistrature des XVIIIe et XIXe siècles.[4] Il faut d'ailleurs remarquer l'intérêt d'un travail qui comble un vide – plusieurs provinces canadiennes ne disposent d'aucune enquête de ce genre – et qui met à jour une importante transformation dans le portrait type du juge national-écossais après 1967. Selon les auteurs, les magistrats de la plus récente génération refléteraient un peu mieux la diversité sociale (malgré la persistance

de discriminations fondées sur le genre ou l'appartenance des minorités visibles). Leur accession à la magistrature reposerait davantage sur le mérite, ce que confirme un itinéraire plus professionnel que politique. Contre toute attente, Brown et Jones semblent déplorer cette magistrature qui prive la nouvelle magistrature d'une pratique expérientielle autrefois gagnée dans la fonction publique et les cercles du pouvoir législatif. À leurs yeux, les juges "may in fact be less prepared for the bench" (p. 228). Est-ce à dire qu'il faut regretter l'époque des juges politiques et du patronage ou qu'il y aurait lieu de repenser le concept sacro-saint de l'indépendance de la magistrature? Sans y répondre, les auteurs ouvrent au moins une piste de réflexion intéressante. La section Overview se termine par une histoire des différentes "maisons" de la CSNE. En décrivant les projets d'aménagement et l'insertion spatiale du tribunal, Brian Cuthbertson apporte un précieux témoignage sur l'évolution de la CSNE en tant que lieu de pouvoir. On mesure très bien, par exemple, les liens qui se nouent entre le politique et le judiciaire dans la longue cohabitation du palais de justice et de la chambre d'assemblée. Une telle étendue du bâtiment et de l'aménagement spatial des tribunaux, qui mènerait d'ailleurs plus souvent entreprise, pourrait déboucher sur une analyse des bases matérielles et symboliques de l'autorité de la justice (dans le sens des travaux de Douglas Hay notamment) ou pourrait même rejoindre certains travaux d'anthropologie juridique sur l'importance du rituel judiciaire.[5]

La dernière section de l'ouvrage comporte six études de cas consacrées à l'activité du tribunal, tant au niveau du recours en justice que du travail des magistrats ou du contexte culturel dans lequel ce travail s'inscrit. D'emblée, il faut noter la remarquable qualité de chacune de ces études qui contribue grandement à la réussite de l'entreprise dirigée par Girard, Phillips et Cahill. Sans rendre compte de toute la richesse de ces contributions, je me propose de situer succinctement l'apport de chacune d'entre elles.

Les multiples facettes de l'activité judiciaire sont étudiées par Jim Phillips et James Muir dans un texte qui décrit minutieusement la toute première session de l'année 1754, tant pour les procès criminels que civils. L'analyse d'une seule session pourrait paraître anecdotique si les auteurs n'y apportaient pas leurs vastes connaissances sur le fonctionnement de la justice coloniale, sans compter que ce

choix colle très bien au contexte commémoratif de l'ouvrage. De plus, une telle enquête, qui examine la justice au quotidien, est plus susceptible de livrer les diverses modalités de l'insertion sociale du tribunal, un objectif que les auteurs s'étaient manifestement fixé. Analysant également le recours judiciaire, Julian Gwynn examine plus spécifiquement la place des femmes face à la justice civile coloniale (1754-1830). L'auteur souligne avec justesse combien les dossiers civils, contrairement aux procédures criminelles, sont encore trop souvent négligés dans les discussions sur le statut de la femme dans la société traditionnelle ("before the marriage law reform").[6] Vue sous cet angle, la condition juridique de la femme ne semble pas avoir décliné, contrairement à ce que plusieurs prétendent.[7] Non seulement le tribunal n'aurait cessé de reconnaître pleinement les droits traditionnels de la veuve, mais dans les autres procès impliquant des femmes mariées ou des veuves, il ne démontre aucune forme de discrimination, jugeant parfois même à l'avantage de ces dernières. Mais compte tenu que ces procès ne forment que 9% de l'ensemble de l'activité judiciaire de la CSNE, on est en droit de se demander si, dans le recours judiciaire lui-même, il n'existe pas certains biais causés par l'attitude de la justice envers les femmes ou résultant également, comme semble le suggérer Gwynn (p. 304), de l'attitude des femmes face à cette justice et aux droits qui leur sont reconnus. Ce problème important du rapport entre le droit et la société fait appel à ce que Lawrence M. Friedman a appelé la culture juridique, interne (celle des professions juridiques) et externe (celle de la population en général).[8] Mais il est vrai que la culture juridique populaire est un domaine de recherche, certes passionnant, mais plus difficile d'accès pour l'historien des sociétés coloniales?

Les quatre derniers textes procèdent à une analyse des décisions du tribunal aux XIX^e et XX^e siècles, mais avec des approches et des objectifs assez différents. Bernard J. Hibbitts, dans le sillage des travaux de G. Blaine Baker,[9] cerne un aspect de la culture juridique néo-écossaise en étudiant l'influence des sources juridiques américaines sur le raisonnement juridique des magistrats de la CSNE. L'auteur identifie l'année 1875 comme ligne de partage approximative entre une période nettement influencée par le droit américain et une autre subissant davantage l'empreinte du droit anglais et canadien (ontarien particulièrement). Ce faisant, Hib-

bits distingue l'expérience novocossaise de celle de l'Ontario étudiée par Baker, à la fois dans le calendrier du changement et dans le double phénomène de "colonisation" juridique auquel la Nouvelle-Écosse est sujette après 1875. James Muir s'attaque, quant à lui, aux liens entre les tribunaux et l'essor du capitalisme industriel. Contrairement aux récentes réflexions de Peter Karsten[10] ou aux études de R.C.B. Risk et de quelques autres, il estime que l'interprétation jadis proposée par Morton Horwitz sur la transformation du *Common Law*[11] trouve écho dans les jugements rendus entre 1834 et 1880 par la plus haute cour novocossaise. En matière de responsabilité civile, les juges auraient été conscients des conséquences économiques de leurs décisions (instrumentalisation) et, une fois les premières orientations données en faveur des entreprises capitalistes (à partir des années 1870), le tribunal se serait replié derrière un formalisme de bon aloi (*stare decisis*) pour maintenir le cap sur cette nouvelle répartition des coûts et des bénéfices du développement industriel. Explorant le domaine du droit constitutionnel, William Lahey s'est penché sur les causes impliquant la division des pouvoirs de 1867 ou le statut constitutionnel des provinces. À son avis, la CSNE insiste en cette matière sur l'influence du comité judiciaire du Conseil privé (jusqu'à la fin du XIXe siècle), anticipant même parfois les décisions de ce tribunal au nom d'une certaine autonomie provinciale que l'auteur est tenté, en dernière analyse, d'attribuer au dynamisme du "local knowledge" de Clifford Geertz.[12] Ce faisant, Lahey entend clairement remettre en question la récente interprétation de John T. Saywell[13] voulant que les tribunaux canadiens aient été, dès 1881, menottés par les dictats du Conseil privé. Enfin, l'attitude des juges de la CSNE est également évaluée dans le dernier texte du recueil (R. Blake Brown), en regard cette fois des relations industrielles et plus particulièrement des dossiers d'accréditation de travailleurs novocossais entendus par le *Labour Relations Board* entre 1945 et 1967. L'auteur conclut, contrairement à l'opinion très largement répandue, que le tribunal de droit commun n'a pas démontré d'hostilité envers le syndicalisme et s'est montré souvent respectueux des droits des travailleurs ou de la juridiction spéciale du *Board* en la matière, surtout à partir de 1954.

Dans l'ensemble, *The Supreme Court of Nova Sco-*

tia constitue donc un ouvrage important, imposant par la diversité et la qualité de ses contributions. Novateur, particulièrement en ce qui concerne l'histoire juridique novocossaise et même canadienne, il dialogue avec certaines des plus récentes études sur le droit ou sur les transformations du common law au dix-neuvième siècle. Philip Girard, Jim Philips et Barry Cahill ont su donner à ce collectif une cohésion et un équilibre suffisant pour nous faire saisir toute la complexité de la trajectoire empruntée par une institution comme la CSNE, même si on peut peut-être regretter l'absence de conclusion générale à ce magnifique ouvrage. Dans un autre registre, il faut également souligner l'apport judicieux de cartes et d'illustrations qui facilitent ou complètent la lecture de plusieurs textes. Le chercheur trouvera également très précieuse la description détaillée des registres de la CSNE qu'offrent en annexe Jim Phillips et John MacLeod.

En dernière analyse, le travail de Philip Girard, Jim Philips et Barry Cahill démontre aussi que, pour atteindre les plus hauts standards fixés par l'histoire juridique des dernières années, faire le récit d'un tribunal provincial nécessite une multiplicité de perspectives que l'état actuel des recherches ne permet pas toujours, même dans le cas de la Nouvelle-Écosse où l'histoire juridique est pourtant particulièrement dynamique depuis une vingtaine d'années. Ainsi, même si l'attention particulière portée aux juges était naturelle et justifiée, je remarque que les avocats, en tant qu'acteurs importants du champ juridique novocossais, ont été laissés dans l'ombre. Pourtant, leur voix me semble également pertinente pour cerner les contours et l'évolution de la culture juridique provinciale, l'un des thèmes privilégiés par plus d'un auteur de l'ouvrage. Détachée de l'autorité du juge, une telle approche apporterait sans doute un portrait plus contrasté et ouvrirait en tout cas sur une collaboration partagée, quoique hiérarchisée, des savoirs et des attitudes en matière de droit. Mais peut-être suis-je ici trop influencé par l'expérience civiliste québécoise qui est la mienne? Quoi qu'il en soit, *The Supreme Court of Nova Scotia* montre de belle façon le chemin à suivre, un chemin encore largement inexploré dans les autres juridictions provinciales canadiennes.

Notes

[1]. Philip Girard et Jim Phillips, dir., *Essays in the History of Canadian Law, Volume III : Nova Scotia* (Toronto : University of Toronto Press, 1990); lui-même par Peter B. Waite, Sandra Oxner et Thomas Barnes, dir., *Law in a Colonial Society : The Nova Scotia Experience* (Toronto : Carswell, 1984).

[2]. C'est l'expression employée par Lauren Brenton dans la recension qu'elle faisait pour H-Law (juin 2002) de l'ouvrage de Christopher L. Tomlins et Bruce H. Mann, dir., *The Many Legalities of Early America* (Chapel Hill and London : University of North Carolina Press for the Omohundro Institute of Early American History and Culture, 2001).

[3]. D'autant plus que l'article cité est du même auteur : Philip Girard, "The Roots of a Professional Renaissance : Lawyers in Nova Scotia 1850-1910", *Manitoba Law Journal* 20 (1991) : pp. 148-180.

[4]. Clara Greco, "The Superior Court Judiciary of Nova Scotia, 1754-1900: A Collective Biography", dans Girard et Phillips, dir., *Essays in the History of Canadian Law*, 3: pp. 42-79.

[5]. Notamment, Antoine Garapon, *Bien juger : essai sur le rituel judiciaire* (Paris : O. Jacob, 1997).

[6]. Pour le Québec colonial, je ne connais qu'une étude de ce genre : France Parent, *Entre le juridique et le social : le pouvoir des femmes au Québec au XVII^e siècle* (Québec : Les Cahiers de recherche du GREMF, 1991).

[7]. Par exemple, Anne L. Chambers, *Married Women and Property Law in Victorian Ontario* (Toronto : University of Toronto Press, 1997). Pour le Québec, voir Bettina Bradbury, *Class, Culture, Family and the Law : Wife to Widow in Nineteenth-Century Quebec* (Montréal : Programme d'études sur le Québec de l'Université McGill, 1997).

[8]. Lawrence Meir Friedman, *The Legal System. A Social Science Perspective* (New York : Russell Sage, 1975), aux chapitres 8 et 9. Plus récemment, David Nelken, "Disclosing/Invoking Legal Culture. An Introduction", *Social and Legal Studies* 4 (1995) : pp. 435-452.

[9]. G. Blaine Baker, "The Reconstitution of Upper Canadian Legal Thought in the Late-Victorian Empire", *Law and History Review* 3, no.2 (1985) : pp. 219-292.

[10]. Peter Karsten, *Between Law and Custom : 'High' and 'Low' Legal Cultures in the Lands of the British Diaspora-the United States, Canada, Australia, and New Zealand, 1600-1900* (New York : Cambridge University Press, 2002); et *Heart Versus Head : Judge-Made Law in Nineteenth-Century America* (Chapel Hill : University of North Carolina Press, 1997).

[11]. Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1760-1860* (Cambridge : Harvard University Press, 1977).

[12]. John T. Saywell, *The Lawmakers : Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism* (Toronto : University of Toronto Press, 2002).

If there is additional discussion of this review, you may access it through the network, at :

<https://networks.h-net.org/h-canada>

Citation : Jean-Philippe Garneau. Review of Girard, Philip; Phillips, Jim; Cahill, Barry, eds., *The Supreme Court of Nova Scotia, 1754-2004: From Imperial Bastion to Provincial Oracle*. H-Canada, H-Net Reviews. June, 2005.

URL : <http://www.h-net.org/reviews/showrev.php?id=10703>

Copyright © 2005 by H-Net, all rights reserved. H-Net permits the redistribution and reprinting of this work for nonprofit, educational purposes, with full and accurate attribution to the author, web location, date of publication, originating list, and H-Net : Humanities & Social Sciences Online. For any other proposed use, contact the Reviews editorial staff at hbooks@mail.h-net.org.