

# Archéologie de l'herméneutique du droit québécois. En quête des discours juridiques avant la Conquête\*

David GILLES\*\*

---

## Résumé

La quête d'une herméneutique juridique avant la Conquête peut être hasardeuse, en l'absence de doctrine constituée, en l'absence d'ouvrage témoignant spécifiquement de la pratique juridique de la colonie. Le discours sur le droit de la Nouvelle-France constitue alors le reflet tour à tour des aspirations et de la culture juridique des juristes locaux et, à d'autres occasions, de la volonté et des attentes de l'administration métropolitaine. Il s'agit alors bien souvent d'une image déformée de la réalité de ce que devrait être, ou pourrait être, le droit colonial. Malgré quelques exceptions notables, comme les écrits de Collet, l'herméneutique juridique

## Abstract

Due to the absence of an established doctrine or book specifically attesting to the legal practice of the colony, the quest for legal hermeneutics before the Conquest can be a precarious undertaking. As such, New France's law is founded on a reflection of the shifting desire and the legal culture of local jurists, and at times on the willingness and expectations of the metropolis' administration. This discourse usually consists of a distorted image of the reality of what should be, or rather what could be, colonial law. Despite some notable exceptions, such as the writings of Collet, the hermeneutic law outlined in the research is both

---

\* L'auteur tient à remercier les professeurs Michel Morin et Mathieu Devinat pour leurs judicieuses remarques et commentaires sur une version préliminaire de ce texte. Une partie des analyses faites dans la première partie de cet article fera l'objet d'une publication en introduction des actes du colloque de Lille: Florence Renucci et Sandra Gérard-Loiseau (dir.), *Discours, droit et colonisation*, coll. « Colonial Libris », Lille, CHJ éditeur, à paraître en 2011.

\*\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke (Québec, Canada).

esquissée dans cette recherche est pauvre théoriquement et techniquement. Toutefois, les différents discours sur le droit qui émanent des praticiens, magistrats et administrateurs de la colonie témoignent d'un fort souci d'adaptation, d'une souplesse réelle, d'une volonté de porter le droit de la colonie à une plus grande efficacité, en le détachant petit à petit de son modèle métropolitain. La première étape de l'autonomisation du droit québécois apparaît avec la Conquête et la nécessité d'affirmer des racines juridiques sur une base civiliste, autour de la coutume de Paris. Le développement de l'enseignement du droit, des corps professionnels et de l'édition juridique jetteront à la fin du XVIII<sup>e</sup> et au début du XIX<sup>e</sup> siècle les bases de nouveaux discours sur le droit, plus techniques, plus riches, diversifiés, mais tirant partie de l'esprit d'adaptation juridique qu'a connu le Régime français.

theoretically and technically poor. Conversely, the various discussions on the law which emanate from practitioners, magistrates, and administrators of the colony demonstrate strong concern for adaptation, a genuine flexibility and a longing to elevate colonial law to a greater degree of efficiency, thereby gradually distinguishing it from its metropolitan model. The Conquest provided Quebec law with the opportunity to acquire autonomy while impressing the necessity to establish legal roots on a civil foundation inspired by Paris custom. While still reflecting the spirit of the legal adaptation which was employed by the French regime, the development of the teaching of law, professional entities and the legal publishing at the end of the 18<sup>th</sup> century and at the beginning of the 19<sup>th</sup> century launch the basis for new dialogue on the law in a richer, more technical and diversified fashion.

---

## Plan de l'article

|   |     |
|---|-----|
| <b>Introduction</b> .....   | 53  |
| <b>I. Le discours sur un idéal métropolitain</b> .....  | 57  |
| A. L'adaptation du modèle métropolitain au contexte colonial....                                      | 58  |
| B. La quête d'un modèle fantasmé .....  | 61  |
| <b>II. L'herméneutique juridique comme instrument d'adaptation</b> .....                              | 66  |
| A. Interpréter et adapter les normes : vers une pratique<br>juridique locale.....                     | 67  |
| 1. L'adaptation aux contraintes économiques de la colonie.....  | 85  |
| 2. Le droit instrumentalisé .....   | 88  |
| 3. Le discours sur les normes exogènes : statuts personnels<br>autochtones et normes étrangères ..... | 90  |
| 4. Une justice coloniale à réformer .....   | 93  |
| B. Discours sur la quête de réforme et d'une modernité<br>juridique .....                             | 97  |
| <b>III. Le discours sur l'héritage juridique français</b> .....                                       | 103 |
| A. Une œuvre doctrinale singulière .....  | 104 |
| B. Transmettre « les lois propres du pays » :<br>caractériser une identité juridique .....            | 106 |
| <b>Conclusion : Les fondements historiques du discours<br/>juridique québécois</b> .....              | 118 |



Selon la réflexion de Michel Foucault, dans « toute société, la production du discours est à la fois contrôlée, sélectionnée, organisée et redistribuée par un certain nombre de procédures qui ont pour rôle d'en conjurer les pouvoirs et les dangers, d'en maîtriser l'évènement aléatoire, d'en esquiver la lourde, la redoutable matérialité »<sup>1</sup>. Le discours sur le droit ou le discours des juristes n'échappe pas à cette logique. Quand il prend naissance officiellement, il devient un jeu d'ombre et de lumière, entre véracité et désir, entre pragmatisme et pensée, voire idéologie. L'objet de ce discours, le droit lui-même, étant marqué par cette ambiguïté, l'analyste se trouve face à un système concentrique qui navigue entre description d'une réalité normative, fictions juridiques, et volonté de créer à travers le droit une réalité constitutive d'un modèle. Bien souvent, les désirs personnels, les aspirations doctrinales, judiciaires ou politiques sont alors assignés comme maîtres d'œuvre de cette matérialité. Comme le souligne encore Foucault, « le discours n'est pas simplement ce qui manifeste (ou cache) le désir; c'est aussi ce qui est l'objet du désir » et ainsi, il ne constitue pas « simplement ce qui traduit les luttes ou les systèmes de domination, mais ce pour quoi, ce par quoi on lutte, le pouvoir dont on cherche à s'emparer »<sup>2</sup>. La doctrine juridique et l'art d'interpréter les lois sont le produit de ces contingences. Le discours sur le droit, se voulant rationnel, pragmatique et objectif, souffre et bénéficie bien évidemment des logiques de l'argumentation juridique caractérisées parfaitement par Chaïm Perelman<sup>3</sup>. À titre d'argumentation, le discours sur le droit vise essentiellement à décrire les différents arguments comme autant de moyens « qui permettent d'obtenir ou d'accroître l'adhésion d'autrui aux thèses que l'on propose à son assentiment »<sup>4</sup>. Dans cette logique de la rhétorique, la valeur d'un argument se mesure à sa capacité à emporter<sup>5</sup>, ou non, l'accord des participants à une controverse. C'est dans cette grille de lecture que nous souhaitons

<sup>1</sup> Michel FOUCAULT, *L'ordre du discours. Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970*, Paris, Gallimard, 1971, p. 10 et 11.

<sup>2</sup> *Id.*, p. 12.

<sup>3</sup> Pour un aperçu de la portée des travaux de Perelman sur le discours et la rhétorique, voir : Marie-Anne FRISON-ROCHE, « La rhétorique juridique », *Hermès* 1995.16.73.

<sup>4</sup> Chaïm PERELMAN, *Traité de l'argumentation*, t. 1, Paris, PUF, 1958, p. 1.

<sup>5</sup> Cette école « combat le scepticisme d'une partie importante de la pensée contemporaine, dominée par le positivisme, qui prétend que les normes et les valeurs n'ont pas de réalité objective » : Benoit FRYDMAN, « Nouvelle Rhétorique », dans ENCYCLOPAEDIA UNIVERSALIS [Ressource électronique], *Notionnaire*, 2005, en ligne : <[http://www.philodroit.be/IMG/pdf/B.\\_FRYDMAN\\_-\\_Nouvelle\\_Rhetorique\\_-\\_Universalis.pdf](http://www.philodroit.be/IMG/pdf/B._FRYDMAN_-_Nouvelle_Rhetorique_-_Universalis.pdf)> (site consulté le 20 octobre 2010).

insérer les discours sur le droit durant le régime français. Les auteurs de ces discours visent une modification de la norme – pour des raisons diverses – et doivent donc convaincre les instances métropolitaines. Mais, dans le même temps, ils développent également un type d’herméneutique singulière, loin du caractère technique de l’interprétation des lois modernes<sup>6</sup>, visant non seulement à l’établissement d’un sens normatif propre à la colonie mais aussi à une évolution pragmatique de la norme. Si «la spécificité de l’herméneutique juridique tient à sa fonction pragmatique, à sa pratique quotidienne pour les juristes»<sup>7</sup>, les juristes de la Nouvelle-France ont exercé cet art en dehors de toute méthodologie, on serait presque tenté de dire en dehors du droit lui-même si l’on adopte une conception objective et uniquement formelle de celui-ci.

Dans cette perspective d’un droit pragmatique non savant, en l’absence de formation universitaire ou professionnelle locale, il faut souligner l’absence de modèle administratif colonial homogène. Si à cela s’ajoute la large latitude – du moins dans les premiers temps – laissée aux administrateurs dans l’organisation de la colonie, on comprend qu’il est difficile de parler d’une herméneutique au sens moderne du terme, marquée par une méthodologie scientifique, une logique propre et homogène et des fondements épistémologiques. Le problème posé aux administrateurs de la colonie de la Nouvelle-France est de permettre une implantation durable dans un espace territorialement vaste mais aux conditions de vie difficiles. La population reste difficilement contrôlable, les heurs entre administrateurs et coureurs des bois en constituant l’une des nombreuses preuves<sup>8</sup>. La tutelle métropolitaine se singularise au regard de la lente mise

<sup>6</sup> Nous entendons ici le terme *herméneutique* comme «science» de l’interprétation au sens large, c’est-à-dire comme outil de compréhension, de signification, d’interprétation et d’adaptation des textes juridiques, voir: Francis FOREAUX, *Dictionnaire de culture générale*, Paris, Pearson Éducation France, 2010, p. 218. Sur l’évolution de l’interprétation normative, voir: Benoît FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l’interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005. Pour une analyse de l’herméneutique juridique québécoise moderne, nous renvoyons le lecteur à l’ouvrage de référence exhaustif suivant: Pierre-André CÔTÉ, avec la collaboration de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009.

<sup>7</sup> Hugues RABAULT, «Le problème de l’interprétation de la loi: la spécificité de l’herméneutique juridique», (2005) 15 *Le Portique* [Ressources électronique], en ligne: <<http://leportique.revues.org/index587.html>> (site consulté le 20 juin 2010).

<sup>8</sup> Voir, par exemple, le mémoire de Frontenac au ministre concernant la police, l’administration de la justice, 24 novembre 1664, Centre des archives d’Outre-Mer, Aix-en-Provence [ci-après «CAOM»], C11A, vol. 4, fol. 61 et fol. 69 et suiv.

en place d'une bureaucratie au cours de l'époque coloniale moderne. Dans l'ensemble, l'administration locale des colonies sous l'Ancien régime reflète une volonté de reproduction : chaque colonie dispose d'organes administratifs inspirés par ceux des provinces françaises. Dans la pratique, cependant, leur statut s'avère fort différent de celui de la métropole, en raison, d'une part, de la spécificité de leurs structures socioéconomiques et, d'autre part, de la domination de type colonial, étant donné que les colonies sont en fait des régions assujetties à la métropole. Les administrateurs français sont confrontés à un double ensemble de contraintes : celles posées par la métropole et celles inhérentes aux réalités existantes sur le territoire. Ce sont les contingences locales qui obligent essentiellement à une acclimatation des normes. Ces droits, ces ensembles normatifs sont l'objet des remarques des administrateurs, juges, praticiens, notaires, commerçants... Ils cherchent à peser sur leur évolution, à devenir les acteurs de ces adaptations, afin d'améliorer le système ou d'en faire un outil de pouvoir efficace, soit à l'égard des populations administrées, soit vis-à-vis de la métropole, dans le but de progresser dans la hiérarchie coloniale.

Ajoutons que nous disposons essentiellement d'un discours épistolaire pour analyser le droit de cette époque, à l'exception des décisions et jugements des cours judiciaires. En effet, il n'existe pas de doctrine publiée pour cette époque, hors des documents rédigés – notamment par Cugnet – après la Conquête. Les praticiens du droit, en l'absence d'un barreau constitué<sup>9</sup>, n'ont pas laissé de traités sur le droit de la Nouvelle-France. Les administrateurs disposant bien souvent d'une formation juridique – à l'instar des intendants dans leur grande majorité – les juges, quelques praticiens sont donc les « juristes » qui écrivent sur le droit, à travers leur correspondance avec la métropole. Pour cristalliser ces différents discours sur le droit de 1664 à 1775, la correspondance générale conservée aux Archives du Canada constitue la source primordiale du droit de l'époque, tel qu'il a été appliqué et tel qu'il a été conservé jusqu'à nous.

---

<sup>9</sup> En effet, les avocats n'étaient pas autorisés en tant que tel en Nouvelle-France, même si des procureurs, notaires ou praticiens défendent la population au sein du prétoire. Le recours à l'avocat, qui est la règle devant les juridictions métropolitaines en vertu de l'ordonnance civile de 1667 (Titre II, art. 16 ; Titre V, art. 1 ; Titre XIV, art. 4), est donc rejeté devant les juridictions de la colonie. L'interdiction de reconnaître les procureurs ou avocats est une constante des instructions aux administrateurs. Voir : Gustave Lantôt, *L'administration de la Nouvelle-France*, éd. du jour, 1971, p. 67 ; Paul-Olivier LALONDE, « Les avocats, race interdite en Nouvelle-France », (1982) IV-5 *Justice* 5 ; Christine VEILLEUX, *Aux origines du barreau québécois 1779-1849*, Québec, Septentrion, 1997, p. 10-25.

À travers les discours, les correspondances, les prises de position des administrateurs coloniaux du Canada, apparaît d'une part un discours que l'on peut qualifier de « réformiste » ou « pragmatique ». Les administrateurs, confrontés à des réalités pratiques – souhaitant faire avancer certaines idéologies ou simplement se mettre en avant et accroître leur pouvoir – critiquent, proposent, amendent l'ordonnement normatif ou innove en corrigeant les modèles institutionnels métropolitains ou en adaptant le meilleur de ceux-ci à la conjoncture coloniale. D'autre part, au terme du régime français et face à l'altérité juridique britannique, un discours sur le droit colonial français, portant sur l'héritage et l'intégration des différentes normes et des systèmes juridiques, dans l'optique d'une défense de l'ensemble normatif identitaire inhérent à la colonie s'affirme sous la plume des juristes québécois. Nous avons décidé, arbitrairement, d'écarter de cette étude les débats des juristes anglo-saxons autour de l'Acte de Québec et de la Conquête – notamment Marriott, Carleton, Maseres – afin d'analyser un discours possédant une cohérence culturelle<sup>10</sup>. Trois ensembles semblent se dessiner alors pour cette période, esquissant une architecture typologique du discours sur le droit. Le premier est la reprise du modèle métropolitain, dans sa forme institutionnelle ou juridique, véhiculant un acquis juridique et culturel occidental (I). Un deuxième ensemble vise à l'adaptation au contexte de la colonie (II), et constitue pour partie l'envers du discours précédent, sous le poids de deux facteurs principaux : d'une part, l'adaptation aux mœurs et aux contraintes propres à la colonie (géographiques, diplomatiques, sociales, économiques, fiscales, personnelles...) et, d'autre part, la quête d'un système idéal, fondé sur des sources idéologiques et juridiques diverses, vise une réforme de la situation juridique de la colonie. Ce discours réformateur et d'adaptation conjoncturelle est le plus important, quantitativement, pour le Canada. Le troisième type de discours, est un discours plus mature, plus avancé doctrinalement et propre aux systèmes juridiques complexes. C'est celui de la défense d'un héritage et d'une identité juridique (III).

<sup>10</sup> Pour un aperçu de ces débats et un renvoi bibliographique, voir : David GILLES, « Les acteurs de la norme coloniale face au droit métropolitain : de l'adaptation à l'appropriation (Canada XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> s.) », *Clio@Thémis*, numéro 4, coordonné par Florence Renucci, « Les chantiers de l'histoire du droit colonial », à paraître en 2010 [Ressources électronique], en ligne : <<http://www.cliothemis.com>>.



## I. Le discours sur un idéal métropolitain

« C'est dans les colonies qu'on peut le mieux juger la physionomie du gouvernement de la métropole, parce que c'est là que d'ordinaire les traits qui le caractérisent grossissent et deviennent plus visibles. Quand je veux juger l'esprit de l'administration de Louis XIV, c'est au Canada que je dois aller. On aperçoit alors la difformité de l'objet comme dans un microscope »<sup>11</sup>. Cet aphorisme de Tocqueville vise à stigmatiser l'Ancien régime colonial pour mieux fonder la démocratie. Si l'on suit cette logique, on ne peut s'étonner de trouver dans les discours sur le droit des administrateurs coloniaux les mêmes aspirations, les mêmes demandes qu'en métropole, confrontant et confortant parfois le modèle colonial au modèle métropolitain. Les administrateurs, formés dans leur majorité au sein du système « administratif » métropolitain, blanchis sous le harnais des cadres institutionnels de la mère patrie ne peuvent que se référer, par la critique ou les louanges, au modèle juridique et administratif dont ils sont issus. Contrairement à une démonstration, toute argumentation, tout discours se développe à partir d'accords préalables<sup>12</sup>. L'œuvre de conviction sera toujours plus aisée pour ceux dont l'argumentation repose ou se trouve favorisée par des présomptions, des précédents, des modèles qui permettent d'insérer le discours dans l'ordre juridique préexistant ou connu. Dans la correspondance avec la métropole, dans les trop rares écrits touchant spécifiquement au droit tel que pratiqué dans la colonie, les administrateurs, les marchands, les juristes commentent, décrivent ou célèbrent le système juridique mis en place dans la colonie. Bien souvent, c'est un simple discours descriptif des institutions et du droit qui se retrouve sous leur plume, comme c'est le cas de la relation de Bougainville sur le Canada et l'institution de la milice par exemple<sup>13</sup>. Comme c'est l'usage dans l'administration

<sup>11</sup> Alexis de TOCQUEVILLE, édité par J.P. MAYER, *L'Ancien régime et la Révolution*, Paris, Gallimard, 1967, p. 351.

<sup>12</sup> Sur cette idée, voir : Chaïm PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 174 et suiv.

<sup>13</sup> Il ajoute, en comparant les Canadiens aux Français : « Les simples habitants seraient scandalisés d'être appelés paysans. En effet, ils sont d'une meilleure étoffe, ont plus d'esprit, plus d'éducation que ceux de France. Cela vient de ce qu'ils ne payent aucun impôt, de ce qu'ils ont droit d'aller à la chasse, à la pêche, et de ce qu'ils vivent dans une espèce d'indépendance » ; Louis-Antoine de BOUGAINVILLE, « Mémoires sur l'état de la Nouvelle-France », *Rapport de l'Archiviste de la Province de Québec* [ci-après « R.A.P.Q. »], Québec, Imprimeur du Roi, 1923-1924, p. 55. Voir également : « Mémoire de Bougainville sur l'état de la Nouvelle-France à l'époque de la guerre de sept ans (1757) », dans Pierre MARGRY, *Relations et mémoires inédits pour servir à l'histoire de la France dans les pays d'outre-mer*, Paris, Challamel Aîné, 1867, p. 37.

des colonies, le choix a été fait de l'unité normative par l'implantation de la Coutume de Paris comme unique source coutumière. C'est donc une source qui n'est pas familière aux populations, celles-ci provenant essentiellement de l'ouest de la France. Un souci d'éducation et d'assimilation des normes se fait donc jour sous la plume des administrateurs, afin de faciliter leur gestion quotidienne du territoire. Dans cette quête de la norme idoine, les auteurs du discours sont pour partie les mêmes qu'en métropole. Toutefois, leurs rôles et leurs pouvoirs sont différents, et l'absence d'avocats et d'enseignement pérenne du droit empêche la formation d'une véritable doctrine juridique (A). La science du droit est laissée essentiellement aux administrateurs et conseillers plutôt qu'aux praticiens des prétoires. Les premiers projettent alors une vision des institutions et du droit spécifique, détachée de la réalité métropolitaine *stricto sensu* (B).

### A. L'adaptation du modèle métropolitain au contexte colonial

À partir de 1663, le gouvernement de la Nouvelle-France fut fortement centralisé, sur le modèle des provinces métropolitaines. Si, comme le souligne S. Dauchy, la « colonie constituait une terre vierge autorisant expériences et expérimentations », le pouvoir royal pouvant organiser la justice « indépendamment des traditions, des usages et du poids de l'histoire »<sup>14</sup>, il n'en reste pas moins que le modèle de la justice métropolitaine pèse d'un poids considérable dans les discours sur le droit. Singularité de la province ultramarine, c'est le ministre de la Marine qui est l'interlocuteur naturel des administrateurs de la colonie<sup>15</sup>. Devant faire preuve d'initiative, les représentants du roi, s'ils considéraient qu'une directive du ministre ne servait pas les intérêts de la province, différaient son application en expliquant la situation au ministre.

Le plus haut fonctionnaire de la province est le gouverneur-général, nommé pour un terme indéterminé. La quasi-totalité des gouverneurs appartiendront – à l'exception de Joseph-Antoine Lefebvre de La Barre,

<sup>14</sup> Serge DAUCHY, « La réponse du conseil souverain de Québec au problème des délais de procédure (1663-1703) », dans C.H.VAN RHEE (dir.), *The Law's Delay. Essays on Undue Delay in Civil Litigation*, Antwerp, Intersentia, 2004, p. 83, à la page 84.

<sup>15</sup> En raison des glaces et des difficultés de transport, le délai des relations épistolaires obligeait donc à une relative autonomie des administrateurs, toute initiative se trouvant placée *de facto* sous le contrôle *a posteriori* du ministre; voir : William John ECCLES, *The Government of New France*, Ottawa, Société historique du Canada, 1965, p. 3.

gouverneur de 1682 à 1685 – à la noblesse d'épée. Ils se voient confier les affaires militaires, la diplomatie et les relations avec les nations amérindiennes, la découverte des territoires ainsi qu'un pouvoir de contrôle sur les administrateurs. Leur contribution au discours sur le droit est très circonscrite, et se trouve très largement le reflet d'enjeux politiques et de rapport personnels. Rapidement après l'entrée du territoire dans la sphère de l'administration royale, le roi nomme un intendant<sup>16</sup>, Jean Talon<sup>17</sup>, avec pour mission de favoriser le développement de la colonie, et notamment l'accroissement de la population<sup>18</sup> et le développement des infrastructures. L'intendant devient alors le véritable maître de la province et l'acteur principal du droit, comme législateur local mais aussi comme interprète privilégié. Possédant classiquement les compétences de l'intendant métropolitain, la justice, la police et la finance, il assure, dans les premiers temps de la colonie, la mission cruciale de la peupler par une politique d'immigration spécifique et un recrutement idoine<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> William B. MUNRO, « The Office of Intendant in New France », (1906) XII *American Historical Review* 15.

<sup>17</sup> Louis Robert reçoit sa commission d'intendant le 21 mars 1663, à la suite de la remise en février, par l'assemblée des directeurs de la compagnie des Cent Associés, de la colonie à la Couronne. Louis Robert ne se rendra jamais dans la colonie afin d'exercer sa commission; art. « Louis Robert », dans LOUISE LE JEUNE, *Dictionnaire général du Canada*, t. 2, Ottawa, Université d'Ottawa, 1931, p. 533. Jean Talon reçoit, quant à lui, sa commission en mars 1665. Il n'arrivera dans son intendance qu'en septembre de la même année: Pouvoir d'intendance de justice, police et finance en Canada pour le Sr Talon, 23 mars 1665, CAOM, C11A, 224MIOM/2, vol. 2, fol. 169 et 170. Sur l'intendant Talon, voir, notamment, les ouvrages de Thomas CHAPUIS, *Jean Talon, intendant de la Nouvelle-France*, Québec, Demers, 1904 et de Micheline D'ALLAIRE, *Talon*, Montréal, Fides, 1970.

<sup>18</sup> Lionel GROULX, « Colonisation au Canada sous Talon », (1950) 4-1 *R.H.A.F.* 61. Le cadre d'une étroite collaboration entre l'intendant et la compagnie perdura notamment sous l'intendance de Talon, celui-ci tirant parti du relais que constituaient les représentants de la compagnie en métropole; voir mémoire de Talon au ministre sur l'état de la colonie et les ressources qu'il en peut tirer, 27 octobre 1667, CAOM, C11A, 224MIOM/2, vol. 2, fol. 319.

<sup>19</sup> Talon demande ainsi en 1664 au roi l'envoi de préférence de Normands, de Picards, et de Percherons « qui sont plus travailleurs et gens de religion »; réponse au mémoire sur le secours qu'il plaît au roi de donner au Canada, 1664, CAOM, C11A, 224MIOM/2, vol. 2, fol. 93. Colbert surenchérit en demandant qu'on apporte « toutes les précautions qui seront possibles dans le choix des nouveaux colons qui vous seront ci-après envoyés et particulièrement dans celui des filles, mais il ne faut guère espérer tant que la guerre d'Angleterre durera de le pouvoir faire en Normandie (...) il n'y aurait pas apparemment beaucoup de sûreté pour le voyage »: Lettre de Colbert à Talon, 5 janvier, Paris, et les instructions de Colbert à Talon, 5 avril 1666, Saint Germain, CAOM, C11A, 224MIOM/2, vol. 2, fol. 119-124 et 290-298.

À ces deux administrateurs principaux s'ajoutent les ecclésiastiques<sup>20</sup>, les membres de l'administration militaire et de la marine et, bien évidemment, les représentants de la justice. À l'instar des autres provinces, la Nouvelle-France dispose, à partir de 1663, d'une juridiction supérieure, le Conseil souverain, qui deviendra Conseil supérieur en 1703<sup>21</sup>. Au bas de la strate administrative, le pouvoir royal s'appuie enfin localement sur les notaires<sup>22</sup> et les capitaines de milices<sup>23</sup>. Ces derniers choisis parmi les notables, bourgeois, et autres « coqs de village » permettent de concurrencer l'influence des militaires et de la noblesse dans la colonie<sup>24</sup>. Le personnel administratif et de justice s'avère peu nombreux. Dans une ville comme Montréal, au début du xviii<sup>e</sup> siècle, on compte une vingtaine d'individus chargés de la justice et une vingtaine de personnes chargées de l'administration<sup>25</sup>. Sans imprimerie locale, sans avocats constitués en

<sup>20</sup> Sur le rôle joué par l'Église dans la colonie, voir, notamment : Guy FRÉGAULT, « L'Église et la société canadienne au début du xviii<sup>e</sup> siècle », (1961) 31 *Revue de l'Université d'Ottawa* 351 et 517.

<sup>21</sup> De même que les autres parlements, le devoir du conseil était d'enregistrer et de promulguer les lois du royaume, de légiférer pour les besoins de la colonie et surtout d'entendre les causes criminelles et civiles. Rapidement, l'intendant se réserve la fonction législative, alors que la fonction judiciaire est réservée au conseil. Ce dernier était formé du gouverneur, de l'évêque, de cinq conseillers et du procureur général. Si le gouverneur garda le titre de président de l'assemblée, c'est l'intendant qui présida *de facto* le conseil. Sur le Conseil souverain, voir : Élise FRÊLON, *Les pouvoirs du Conseil souverain de la Nouvelle-France dans l'édiction de la norme (1763-1760)*, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2002; Jean DELALANDE, *Le Conseil souverain de la Nouvelle-France*, Québec, Proulx, 1927.

<sup>22</sup> Voir : David GILLES, « Le notariat canadien face à la Conquête anglaise : L'exemple des Panet », dans Vincent BERNAUDEAU, Jean-Pierre NANDRIN, Xavier ROUSSEAU et Axel TIXHON (dir.), *Les praticiens du droit du Moyen Âge à l'époque contemporaine*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2008, p. 189; Donald FYSON, « Judicial Auxiliaries Across Legal Regime: From New-France to Lower Canada », dans Claire DOLAN (dir.), *Entre justice et justiciables: les auxiliaires de la justice du Moyen Âge au xx<sup>e</sup> siècle*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 383; Louis LAVALLÉE, « La vie et la pratique d'un notaire rural sous le régime français : le cas de Guillaume Barette, notaire à La Prairie entre 1709-1744 », (1994) 47-4 *R.H.A.F.* 499.

<sup>23</sup> Benjamin SULTE, « The Captains of Militia », (1920) I-3 *Canadian Historical Review* 241.

<sup>24</sup> Régis ROY, « L'ancienne noblesse au Canada », (1921) xxvi *Revue canadienne* 528.

<sup>25</sup> Pour le premier ensemble, il s'agit du lieutenant général civil et criminel, du procureur, du substitut, d'un greffier, de quatre à cinq notaires, des huissiers et sergents, d'un géôlier, d'un interprète et de quelques officiers seigneuriaux. Pour l'ensemble administratif, ce sont le gouverneur particulier, le commissaire de la marine (qui agit comme subdélégué de l'intendant), le commis du trésorier, le commis des fermes, un garde des magasins du roi, un voyer local, un exempt de la maréchaussée et quelques officiers et

corps professionnel, sans formation juridique spécifique, la doctrine « traditionnelle » est le parent pauvre de la colonie. Mais la réflexion sur le droit subsiste bien évidemment, les plumes des administrateurs se trouvant à l'origine de l'essentiel des écrits portant sur le droit et les institutions. La réaction première de ces agents royaux, naturellement poussés par Versailles, est de vouloir recréer le modèle métropolitain dans la colonie.

## B. La quête d'un modèle fantasmé

Le modèle métropolitain ne constitue toutefois pas toujours un choix auquel le pouvoir royal adhère. Un bon exemple en est donné par la tentative faite par le gouverneur Louis de Frontenac à travers l'établissement « d'États Généraux » du Canada. De sa propre autorité<sup>26</sup>, Frontenac convoque des États-Généraux à l'automne 1672, semblant ignorer la position de la monarchie relative à cette institution. Il rassemble ces messieurs du « clergé, de la noblesse, de la justice et du Tiers État »<sup>27</sup> afin de trouver dans cette assemblée de notables un appui à sa politique. Il prononce la harangue suivante :

« Messieurs vous avez donné jusqu'ici tant de marques de votre zèle et de votre fidélité pour le service de Sa Majesté dans les différents emplois où vos professions vous engagent, que si elle m'a ordonné de vous assembler tous aujourd'hui pour prêter un nouveau serment entre mes mains, vous devez croire que c'est plutôt pour vous procurer la joie que vous aurez sans doute d'en faire des protestations publiques que par aucun doute qu'elle puisse avoir que vous n'avez les vrais sentiments de respect et d'obéissance profondément gravés dans vos cœurs. »<sup>28</sup>

---

archers : Louise DECHÊNE, *Habitants et marchands de Montréal au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Montréal, Boréal, 1991, p. 372.

<sup>26</sup> Il rend compte de son projet dans la correspondance avec la métropole : Lettre de M. de Frontenac au ministre, Archives du Canada, Ottawa, [ci-après « AC »], C11A, vol. 3, fol. 327-378.

<sup>27</sup> En réalité, on y trouve « quelques dignitaires ecclésiastiques, trois gentilshommes, des officiers militaires, les magistrats et le syndic des habitants avec les principaux marchands et bourgeois de Québec » : Christian BLAIS, Gilles GALLICHAN, Frédéric LEMIEUX et Jocelyn SAINT-PIERRE, *Québec. Quatre siècles d'une capitale*, Québec, Publications du Québec, 2008, p. 76. Sur cette question de la représentation de la colonie, voir les pages 69 à 83 de cet ouvrage.

<sup>28</sup> Harangue prononcée par Frontenac en l'assemblée tenue à Québec, Éloge du roi, Éloge de Colbert, Exhortations adressées au clergé, à la noblesse, à la magistrature, aux marchands, aux habitants, 23 octobre 1672, AC, C11A, vol. 3, fol. 225-232v.

Le gouverneur, s'étant vanté fort imprudemment de la tenue de ces États, reçoit par retour de courrier la rebuffade suivante : il ne doit assembler les États généraux « [...] que très rarement et, pour mieux dire, jamais [...]. Il faudra même avec un peu de temps, et lorsque la colonie sera plus forte qu'elle n'est, supprimer insensiblement le syndic qui présente des requêtes au nom de tous les habitants, étant bon que chacun parle pour soi, et que personne ne parle pour tous »<sup>29</sup>.

La métropole entend donc faire des choix dans les normes et les institutions exportées dans la colonie. L'hostilité à la représentation locale s'étend également aux échevins, dont la création est portée au discrédit du gouverneur<sup>30</sup>. Celui-ci se voit plus largement contester son activité normative et ses interventions incessantes dans l'exercice du Conseil souverain<sup>31</sup>. En 1677, une ordonnance défend alors aux habitants d'élire des représentants<sup>32</sup>. Il est alors fait « très expresse inhibition et défense à toute personne de quelque qualité et condition qu'elle soit à l'avenir [de faire] aucune assemblée (...) et signature commune »<sup>33</sup> sans la permission expresse du gouverneur ou de l'intendant<sup>34</sup>. Le pouvoir central ne rejette toutefois pas

<sup>29</sup> Lettre du ministre Colbert à Frontenac, 13 juin 1673, AC, C11A, MFILM C-13574.

<sup>30</sup> « Sa majesté m'ordonne de vous dire que vous avez en cela passé les bornes du pouvoir qu'elle vous a donné (...) à l'égard du pouvoir de juger que vous avez donné aux échevins, la police appartient de droit au premier juge qui est établi par la compagnie des Indes occidentales » : Lettre du ministre Colbert à Frontenac, 17 mai 1674, AC, C11A, MFILM C-13574. Un mémoire envoyé à la métropole dresse, en 1681, la liste des abus d'autorité commis par Frontenac depuis 1672 : il adopta des règlements, créa des échevins, introduisit des conseillers au Conseil, « ordonna seul de la dépense publique », intervint en faveur de Perrot contre le juge Migeon de Bransat, etc. Mémoire au sujet des abus d'autorité commis par Frontenac depuis 1672, AC, C11A, vol. 5, fol. 400-412.

<sup>31</sup> Son autorité, « en fait de justice, ne va pas plus loin que la présidence du Conseil », il doit laisser « au Conseil et aux juges pleine liberté » : le ministre à M. de Frontenac, 17 mai 1674, AC, C11A, vol. 6, fol. 28-35v.

<sup>32</sup> Ordonnance de M. le juge d'Ailleboust portant à la connaissance du public que par une ordonnance du 23 mars dernier, M. de Frontenac a défendu à tous de « faire aucune assemblée, conventicule ni signatures communes », 3 avril 1677, AC, MG8-C6, vol. 2, p. 301-303.

<sup>33</sup> Ordonnance de Louis de Buade, Comte de Frontenac, Gouverneur de la Nouvelle-France, défendant aux habitants de la Nouvelle-France de faire des assemblées et de faire des requêtes, BANQQ, R1, P26.

<sup>34</sup> Mais afin de permettre certaines réformes et de s'appuyer sur les habitants lors de grands travaux d'infrastructure, des assemblées ponctuelles sont organisées. Comme le remarque Élise Frélon dans sa précieuse analyse du Conseil souverain, la transposition du modèle représentatif métropolitain s'avère une illusion, et n'a de réalité qu'à l'échelle locale dans les rapports urbains : É. FRÉLON, préc., note 21, p. 179 et suiv.

définitivement l'idée de consulter les habitants sur les grandes orientations de la politique de la province, en acceptant par exemple les représentations des habitants auprès du Conseil<sup>35</sup>. Un bon exemple de cette ouverture découle de la politique migratoire évoquée dans une lettre de Colbert à Talon. Le pouvoir envisage alors de réformer la législation coloniale afin de faire primer la politique de peuplement, en accord avec « les populations locales » :

« Il m'est venu une pensée sur ce sujet laquelle je crois avantageuse pour peupler le Pays et augmenter les mariages. [Il s'agirait] de faire expédier une déclaration du roi [...] par laquelle sa Majesté défend de donner à jamais aucune dot aux filles et les exclure des successions de leurs pères et mères en donnant généralement tout le bien aux mâles, à l'exception des seules héritières, c'est-à-dire des familles où il n'y aurait que des filles qui en ce cas partageraient également entre elles selon la coutume. Si vous examinez à fond cette matière vous connaîtrez bien que les avantages qui entrent dans les familles par le moyen des filles sont de pures imaginations [...] »<sup>36</sup>

Cette disposition particulière, proposée par Colbert, devait être soumise par l'intendant Talon devant une assemblée des « principaux habitants du pays, [afin] d'examiner soigneusement et de discuter cette autre matière avec eux »<sup>37</sup> et « de bien peser » les avantages et inconvénients de cette disposition. Néanmoins le ministre ne donnera pas suite à son projet, préférant ne pas déroger à l'application générale de la Coutume de Paris<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Les syndics vont même jusqu'à mener des représentations spontanées portant sur des questions locales, aussi variées que l'implantation d'une brasserie, la suppression de taxes ou l'organisation des normes commerciales. *Id.*, p. 186.

<sup>36</sup> Instructions de Colbert à Talon, 20 février 1668, CAOM, C11A, 224MIOM/2, vol. 2, fol. 11-22. Il ajoute : « Cette nouvelle disposition produirait que tous les garçons ayant leurs biens personnels plus considérables se marieraient plus volontiers et plus facilement, que les filles se prenant parmi les garçons qui seraient les plus riches rechercheraient les mieux faits et de meilleures familles et qu'enfin l'on ne s'informerait pas comme l'on fait si les filles sont riches ou ne le sont pas, quand les mariages se feraient à 14 ans pour les filles et à 18 ans pour les garçons ». *Id.*, fol. 14.

<sup>37</sup> *Id.*

<sup>38</sup> « Depuis cette ordonnance écrite j'ai de nouveau examiné la matière des dots des filles et après avoir fait réflexion que la coutume de la Ville, prévôté et vicomté de Paris s'observe inviolablement en Canada et que tous les habitants l'ont reçu d'un consentement universel dès le commencement de cette colonie ce qui depuis n'a souffert aucune interruption, j'ai jugé plus à propos de n'y rien innover » : *id.*, fol. 19. La nécessité de consulter la population se fait donc régulièrement jour, mais prend forme essentiellement à l'échelon local : Gustave LANCTÔT, « Le régime municipal en Nouvelle-France », (1948) IX-3 *Culture* 255.

Cet échange montre que la transposition des institutions métropolitaines traditionnelles doit, pour être agréée et pérennisée, constituer le reflet d'une véritable volonté royale.

Le projet de l'intendant Bochart de Champigny constitue une autre illustration de la transposition du modèle métropolitain. Celui-ci propose au ministre de la Marine, le 17 octobre 1700, de faire du Canada un « pays d'États » pour des questions fiscales. Il considère les pays d'élection comme étant peu propices à une bonne administration, malgré la faveur que semblait marquer le pouvoir royal pour cette institution centralisatrice au XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>39</sup>. Considérant l'excellence de l'administration des États, il propose au ministre d'instaurer une assemblée privilégiant la représentation<sup>40</sup>. Cette proposition demeura sans réponse de la part du ministre, l'intendant restant chargé de la collecte des taxes<sup>41</sup>. Le choix du modèle métropolitain n'est donc pas sans difficulté, et les cadres de l'administration, confrontés aux ressources humaines limitées de la colonie, selon l'expression ancienne, « n'en peuvent mais » :

« Les seigneurs des environs de Montréal trouveront difficilement en ce pays-ci des sujets capables d'être juges dans leurs seigneuries, je leur ai cependant expliqué dans les occasions qui se sont rencontrées que s'ils ne prenaient pas

<sup>39</sup> Cf. Jean BÉRANGER, « États provinciaux », dans François BLUCHE (dir.), *Dictionnaire du Grand siècle*, Paris, PUF, 2005, p. 559 et François BLUCHE, « Pays d'États et pays d'élection », dans *id.*, p. 1171.

<sup>40</sup> « Celle-ci pourrait être composée de M. le gouverneur général qui y présiderait, de M. l'évêque et de l'intendant, ce dernier ayant voix délibérative avec les deux autres ; il serait chargé de recueillir leur voix et de faire rédiger ce qui se passerait. Il y assisterait, deux députés du clergé, deux du Conseil Souverain, un juge de la prévôté de Québec, celui de la justice des Trois-Rivières et celui de Montréal, deux seigneurs de paroisse de chaque gouvernement particulier qui seraient députés par les gentilshommes et seigneurs, trois marchands de Québec députés de la ville, un de Trois-Rivières et deux de Montréal. Dans cette assemblée les affaires du pays seraient terminées à la pluralité des voix et il y serait pourvu pour la levée de l'impôt que le pays serait chargé de fournir » : Champigny au ministre, 17 octobre 1700, AC, C11A, vol. 18, MFILM C-2381, fol. 110-114.

<sup>41</sup> Si l'intendant était chargé du contrôle des droits royaux, s'il surveillait la perception et l'emploi des impôts, il ne pouvait décider d'une imposition nouvelle. Pour décider d'une telle taxe, il fallait que le gouverneur et l'intendant convoquent une assemblée de notables afin d'arrêter le projet et de pourvoir aux fonds, et cela même dans une situation de nécessité immédiate. Voir : Mémoire du roi aux sieurs Marquis de Champigny, Gouverneur et lieutenant général pour S.M. aux Îles du Vent, et La Croix, intendant auxdites Îles, 25 septembre 1741, AC, C11B, lettres, vol. 72, fol. 116.



les mesures convenables pour en établir, sa Majesté se déterminerait à réunir leur justice à son domaine. C'est le motif le plus pressant dont j'ai pu me servir pour les y engager.»<sup>42</sup>

L'image donnée de la colonie par les écrits des administrateurs est souvent le miroir des politiques métropolitaines, qui sont alors transformées dans la logique coloniale. Ainsi, l'intendant Dupuy semble favorable à prolonger la logique de la révocation de l'Édit de Nantes à la colonie<sup>43</sup> épousant opportunément les préjugés religieux du pouvoir royal. Toutefois, la critique sourd parfois dans l'analyse des choix métropolitains. Jean-Daniel Dumas souligne ainsi dans son *Traité*<sup>44</sup>, que la « protection ou l'intrigue dominant dans la métropole, d'elles dépend presque toujours le choix des sujets que l'on emploie dans les colonies. La religion des ministres est surprise par ceux mêmes qu'ils choisissent pour l'éclairer [...] »<sup>45</sup>. Si le système génère des abus par trop humains, les discours sur le droit vise à une transformation et une interprétation du droit au regard des contingences coloniales.

<sup>42</sup> AC, C11A, vol. 60, fol. 37.

<sup>43</sup> Dans les écrits du gouverneur De la Barre – accompagné en cela par l'intendant – la logique gallicane trouve à s'exprimer également dans le contexte colonial: « Ce qui nous fera plus de peine en ce pays sera l'esprit de Monsieur l'Evêque qui par toutes sortes de moyens veut maintenir une autorité dans la politique et le civil comme il l'a dans le spirituel et se sert de l'un à tout propos pour parvenir à l'autre. Nous avons pour sa personne et pour son caractère le dernier respect, je parle pour tous deux, mais nous irons notre chemin dans les affaires. Nous avons observé qu'il a beaucoup contribué à la division d'entre Monsieur de Frontenac, Monsieur du Chesneau et le Conseil souverain et que Monsieur du Chesneau a donné dans bien des pièges qu'on lui a tendu, cela nous rendra défiants tous deux ». Lettre de Lefebvre de La Barre au marquis de Seignelay, 12 novembre 1682, AC, C11A, vol. 6, fol. 59-65.

<sup>44</sup> Dans un autre contexte, concernant la gestion de la colonie guyanaise et le refus de recourir à l'esclavage, Jean-Daniel Dumas dresse une sévère mise en accusation des ministres de la Marine successifs: « On écarta les esclaves pour acquérir la force par l'emploi d'une population libre au travail de la terre, des espérances excessives provoquèrent la libéralité jusqu'à la profusion: la surprise et l'erreur présidèrent à ces dispositions; la ruine de l'établissement fut prompte, elle fut éclatante. Grand exemple pour tous les ministres de la Marine dont le département, en embrassant tout le globe, les expose chaque jour aux artifices de la cupidité et du mensonge ». Jean-Daniel DUMAS, *Traité de la défense et de la conservation des colonies*, Centre de référence de l'Amérique française, Musée de la civilisation, fonds Viger, 1775, P32/0-91, publié par Russel BOUCHARD dans *Jean-Daniel Dumas, héros méconnu de la Nouvelle-France*, Montréal, Éditions Michel Brûlé, 2008, chap. 1, p. 153.

<sup>45</sup> *Id.*, chap. 13, p. 207.

## II. L'herméneutique juridique comme instrument d'adaptation

Si le modèle de la métropole est prédominant, il est clair pour les juristes et les administrateurs, qu'il est nécessaire d'adapter les principes à l'aune des réalités coloniales. Jean-Daniel Dumas ne s'exprime pas autrement lorsqu'il écrit que, dans les colonies, «les principes généraux y seraient insuffisants, s'ils n'étaient pas combinés avec la manière d'être de ces établissements, leurs situations relatives, les localités particulières, les mœurs et le génie de leurs habitants»<sup>46</sup>. L'un des discours juridiques le plus présent est le discours en faveur du commerce, prenant bien souvent la forme d'un plaidoyer pour le mercantilisme ou – surtout sous la plume des commerçants – pour un libéralisme plus affirmé dans les colonies<sup>47</sup>. La réforme, antienne bien connue de tous les thuriféraires de nouveaux pouvoirs jusqu'à en faire parfois une litanie dénuée de sens, constitue une thématique forte du XVIII<sup>e</sup> siècle et il n'est pas surprenant qu'elle trouve dans le terreau colonial une terre d'élection. Sa forme toutefois s'adapte au contexte. Une volonté d'interpréter la norme au regard du contexte colonial se fait jour, et cela même si le *corpus juris* reste très proche de son homologue métropolitain. C'est peut-être le groupe typologique le plus riche du discours sur le droit pour la colonie. Le système juridique colonial est l'objet de plusieurs discours visant à sa transformation, à sa réformation, tantôt en reprenant des solutions éprouvées, tantôt en initiant des modèles originaux. Un premier ensemble se distingue, catégorie qui porte davantage sur la norme, et le système de justice (A), alors que dans un second ensemble, c'est une volonté de réforme institutionnelle et la recherche de fondements pour un modèle colonial (B) qui s'affirme.

<sup>46</sup> *Id.*, introduction, p. 146.

<sup>47</sup> Dumas se trouve au mitan de cette réflexion lorsqu'il évoque que le commerce «marche à pas de géant si la justice et la protection du gouvernement l'animent, le rassurent, l'encouragent ; il meurt, il s'éteint, si l'administration publique ne lui répond pas de sa sûreté, de sa liberté, et de certains moyens domaniaux dont elle dispose, pour garantir la fortune des particuliers». *Id.*, p. 289. Conscient de la difficulté de l'entreprise, il ajoute : «Cette transition de privilège exclusif à la liberté est une espèce de pierre de touche : le ministre, qui l'opère, sans l'avoir préparée après de profondes méditations, est jugé, non pas par son siècle, mais pas les trois années qui précèdent et qui suivent cette révolution». *Id.*, p. 290.

## A. Interpréter et adapter les normes : vers une pratique juridique locale

Le discours sur l'interprétation à donner aux instructions royales et sur l'herméneutique particulière à adopter dans le contexte colonial caractérise un type propre de discours. Cette réflexion sur le droit et son application peut d'ailleurs se révéler le reflet d'une stratégie coloniale dont l'administrateur est l'initiateur ou le maître d'œuvre. Bien évidemment, le discours sur la norme est alors placé au cœur de contraintes exogènes<sup>48</sup>, telles que les différentes contingences liées au contexte économique, social ou aux rapports de pouvoirs propres à la colonie.

Ainsi, en raison d'une forte pénurie de femmes dans la colonie, surtout au xvii<sup>e</sup> siècle, les administrateurs éprouvent des réticences à permettre aux parents de s'opposer au mariage de leur fille n'ayant pas atteint l'âge de 25 ans comme la législation royale le permettait<sup>49</sup>. Hésitant sur l'attitude à adopter, les administrateurs Vaudreuil et Raudot sont tancés pour le peu d'allant qu'ils mettent à favoriser le mariage des plus jeunes<sup>50</sup>. Dans les écrits de ces derniers – ou ceux de l'intendant Bégon – s'affirme alors un discours alliant le respect de la législation royale et l'affirmation, selon les mots de Serge Dauchy, d'une « stratégie coloniale » démographique

<sup>48</sup> Sur les contraintes qui vont peser sur l'adaptation des systèmes juridiques au Canada, et notamment de la coutume de Paris, voir : Jacques VANDERLINDEN, « La réception des systèmes juridiques européens au Canada », (1996) LXIV *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 359.

<sup>49</sup> C'est par exemple le cas dans la décision de l'intendant Hocquart de permettre à une jeune fille de 23 ans de se marier malgré l'opposition de ses parents : « Lettre de l'intendant Hocquart », dans R.A.P.Q., Québec, Imprimeur du Roi, 1921-1922, p. 62. Voir également : Jacques BOUCHER, « L'histoire de la condition juridique et sociale de la femme au Canada français », dans Jacques BOUCHER et André MOREL (textes présentés par), *Le droit dans la vie familiale. Livre du Centenaire du Code civil*, Montréal, PUM, 1970, p. 157.

<sup>50</sup> Au vu du recensement de la colonie qui fait apparaître un nombre important de garçons et filles (célibataires) de plus de 15 ans, le roi ne peut croire que les Srs de Vaudreuil et Raudot connaissant la « nécessité qu'il y a pour l'augmentation de la colonie d'en augmenter le nombre de familles [...] ils n'eussent porté la plus grande partie de cette jeunesse à se marier » ; mémoire du roi à MM. De Vaudreuil et Raudot, 7 juillet 1711, cité dans Paul-André LECLERC, « Le mariage sous le régime français », XIII-3 *R.H.A.F.* 244.

et migratoire<sup>51</sup>. Dans cette perspective, le pouvoir royal affirme que les jeunes filles doivent conserver le respect que les enfants «doivent à leurs pères»<sup>52</sup> tout en établissant plusieurs mesures natalistes<sup>53</sup>, contrecarrant la volonté absolue des pères de présider aux destinées de leurs enfants: «[...] qu'il soit établi quelque peine pécuniaire, applicable aux hôpitaux des lieux, contre les pères qui ne marieront point leurs enfants à l'âge de vingt ans pour les garçons et de seize ans pour les filles»<sup>54</sup>.

Par la suite, se dessine sous la plume des administrateurs, à la lecture des missives envoyées vers la métropole, un discours classique de la soumission à la volonté royale... mais également un discours interprétatif téléologique, ayant pour visée une stratégie coloniale de développement économique et démographique, dépassant la lettre du texte. En effet, à diverses reprises, les intendants rappellent ainsi aux jeunes gens qu'il y a eu «un arrêt rendu au conseil de sa Majesté qui fait défense aux pères de s'opposer aux mariages de leurs garçons quand ils auront 20 ans, à peine d'amende»<sup>55</sup> ainsi qu'aux jeunes filles de 16 ans. Bégon s'engage d'ailleurs à exécuter l'arrêt «portant défense aux pères et mères de s'opposer aux mariages de leurs enfants, à savoir les garçons à 20 ans, et les filles à 16, et suivra exactement cette jurisprudence dans toutes les affaires qui viendront pardevant lui au sujet des mariages»<sup>56</sup>. Or, la lettre de l'arrêt vise seulement à favoriser le mariage des enfants le plus tôt possible alors que l'interprétation faite par les administrateurs semble poser l'interdiction

<sup>51</sup> Serge DAUCHY, «Stratégies coloniales et instruments judiciaires en Nouvelle France (1663-1703)», dans Bernard DURAND et Martine FABRE (dir.), *Le juge et l'outre-mer*, t. 1 «Phinée le divin ou les leçons du passé», Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2005, p. 207.

<sup>52</sup> «Lettre de Vaudreuil et Raudot à Ponchartrain, 7 novembre 1711», dans R.A.P.Q., Québec, Imprimeur du Roi, 1946-1947, p. 439.

<sup>53</sup> «[...] en considération de la multiplicité des enfants et pour les porter au mariage, ladite Majesté étant en son Conseil, a ordonné et ordonne qu'à l'avenir tous les habitants dudit pays qui auront au nombre de 10 enfants vivants, nés en légitime mariage, non prêtres, religieux ni religieuses, seront payés des deniers de sa Majesté, [celle-ci] enverra audit pays une pension de trois cents livres par chaque année [...]»: «Arrêt du Conseil d'État du roi pour encourager les mariages, 1<sup>er</sup> avril 1670», dans *Édits, ordonnances royaux, déclarations et arrêts du Conseil d'État du roi concernant le Canada*, vol. I, Québec, Fréchet, 1854, p. 67 et 68.

<sup>54</sup> *Id.*

<sup>55</sup> Lettre de Vaudreuil et Raudot à Ponchartrain, préc., note 52, p. 439.

<sup>56</sup> Vaudreuil et Bégon au Ministre, 12 novembre 1712, cité dans P.-A. LECLERC, préc., note 50, 245.

aux parents de s'opposer juridiquement à la volonté de leurs enfants de se marier à l'âge de 20 ans pour les hommes et 16 pour les femmes, en contravention des ordonnances royales métropolitaines. *In fine*, le rapport à la norme et à son interprétation apparaît difficile, et la confusion semble régner. En 1727, le gouverneur Beauharnois stigmatise ainsi l'action de l'intendant Dupuy qui « a rendu une ordonnance, à l'occasion des mariages, contraire à l'ordonnance royale du roi du 12 avril 1610 »<sup>57</sup>. Il ajoute, conforté par Martin de Lino, que l'intendant, profitant du remplacement temporaire de Nicolas Lanoullier par d'Artigny dans les fonctions de procureur général, a fait rendre un arrêt du Conseil supérieur défendant aux garçons « de se marier avant l'âge de trente ans et les filles à vingt-cinq »<sup>58</sup>.

La fin du xvii<sup>e</sup> siècle et les premières décennies du xviii<sup>e</sup> siècle s'avèrent riches en exemples d'adaptation des normes métropolitaines. C'est cette perspective que révèle un projet de règlement rédigé par Tracy et Talon « pour la justice et la distribution des terres du Canada » en janvier 1667. La logique de ce dessein est la suivante : « Si on juge bon de rétablir le Conseil souverain », Talon demande que les attributions et les jours de réunion de ce Conseil soient clairement spécifiés. Il souhaite également « qu'on administre au Canada une forme de justice distributive, brève et gratuite, (et) qu'il soit établi des juges dans divers quartiers ou juridictions ayant pouvoir de juger en première instance de toute matière civile jusqu'à la concurrence de la somme de dix livres »<sup>59</sup>. Selon Talon, il est souhaitable qu'il ne puisse être alors porté appel que devant trois autres juges parmi les quatre juges qui seraient établis à Québec<sup>60</sup>. S'interrogeant sur leurs salaires et vacations, il oriente plutôt cette rémunération vers un salaire honorifique que vers une rétribution conséquente.

Concernant la procédure à suivre, il promeut la médiation, puisqu'il souhaite, qu'avant de se pourvoir en justice à Québec, soit tentée « la voie de la composition à l'amiable » afin de régler les petits litiges. Il s'interroge à cette occasion sur les droits des parties et les peines à infliger aux coupables. Il propose au roi une ordonnance permettant d'obliger ceux qui

<sup>57</sup> Lettre de Beauharnois au ministre – Dupuy, 15 septembre 1727, C11A, vol. 49, fol. 91-92v.

<sup>58</sup> *Id.*, fol. 92v.

<sup>59</sup> Règlement fait par Tracy et Talon pour la justice et la distribution des terres du Canada, 24 janvier 1667, MG1-C11A, bobine no. C-2375, vol. 2, fol. 547-568.

<sup>60</sup> *Id.*, fol. 549.

ont des terres à déclarer ce qu'ils possèdent, celle-ci donnant les conditions et clauses portées par leurs titres. Cela permettrait de vérifier si ces contrats ne causent aucun préjudice aux droits de la couronne, et ensuite de connaître l'étendue des terres concédées et des terres mises en valeur au Canada et celles qui restent à distribuer dans les lieux « commodément situé[s] »<sup>61</sup>. Un tel instrument normatif permettrait en outre de savoir si les concessionnaires ont satisfait aux clauses de leur contrat et s'ils n'ont pas retardé, par leur négligence, l'établissement du Canada, souci constant des administrateurs et du pouvoir à Versailles. Il entend également renforcer son rôle en la matière<sup>62</sup> et souhaite favoriser la constitution de villages aux abords de Québec. Il démontre les avantages de former des villages, particulièrement dans le voisinage de Québec<sup>63</sup> et s'interroge sur les droits qui peuvent y être octroyés à la Compagnie des Indes occidentales (lods et vente, saisine, haute moyenne et basse justice...) ou la possibilité de confier à des officiers militaires qui auraient la seigneurie utile et domaniale (cens, moyenne et basse justice). Il ajoute, emphatique, « il est de la prudence de prévenir dans l'établissement de l'État naissant du Canada, toutes les fâcheuses révolutions qui pourraient le rendre de monarchique, aristocratique »<sup>64</sup> ou bien conduire à son démembrement. Les débats autour de l'application de l'ordonnance de 1667 et de la Coutume de Paris sont emblématiques au Canada de ce type de discours.

Après 1664, la colonie se trouve face à une volonté royale relativement claire qui est d'imposer un ensemble normatif cohérent et calqué sur celui

<sup>61</sup> *Id.*, fol. 550-559.

<sup>62</sup> Il demande qu'il soit ordonné qu'à l'avenir les concessions soient ratifiées « par celui qui aura le pouvoir du roi et qu'elles soient insinuées au greffe du domaine de la compagnie, au profit de laquelle on va travailler incessamment à la confection d'un papier terrier ». *Id.*, fol. 560.

<sup>63</sup> Selon lui, ceux-ci constituent une meilleure protection contre les incursions iroquoises, les villages permettent le développement de l'entraide entre les habitants, l'établissement de meilleurs services offerts aux particuliers (curés, juges, chirurgiens), la proximité des secours en cas de guerre... De plus, soucieux du développement de la colonie, les villages permettent une meilleure adaptation des nouveaux arrivants « en la manière de vivre en Canada ». Il est conscient qu'il faudra accorder des conditions favorables aux habitants (nouveaux arrivants, soldats, vieux hivernants) qui s'établiront dans les villages et bourgs que le roi fait ou fera former près de Québec. Il entend fixer l'étendue de chaque habitation, l'obligation de cultiver 2 arpents de terre pour avantager les futurs arrivants, mais aussi de favoriser l'établissement de « quelques vieux hivernants et gens de métiers ». *Id.*, fol. 562-567.

<sup>64</sup> *Id.*, fol. 567 et 568.

de la métropole à la Nouvelle-France. Après la décision d'appliquer la Coutume de Paris, le gouvernement introduit alors logiquement les ordonnances de 1667 et 1670. Toutefois, ces normes vont nécessiter une adaptation à la colonie. Les administrateurs sont favorables à cette importation du modèle normatif, mais ils sont toutefois conscients des nécessaires aménagements induits par celui-ci.

Un intéressant débat sur l'adaptation de la norme procédurale est alors mené. Face aux difficultés auxquelles est confrontée la justice dans la colonie, soit le manque de personnel judiciaire, l'éloignement et l'isolement, ou les difficultés de communication, la métropole, après examen des remontrances formulées par la juridiction canadienne, décide d'édicter un édit en 1679 pour l'exécution de l'ordonnance de 1667<sup>65</sup>. Les motivations de l'édit de juin 1679 visent clairement une adaptation au contexte colonial, en collaboration avec la juridiction supérieure de la colonie : «[...] ayant reconnu que plusieurs articles de notre ordonnance ne conviennent point à l'état présent du dit pays, quelques changements ont été faits sous notre bon plaisir par nôtre dit Conseil de Québec [...].»<sup>66</sup>

Deux protagonistes sont les acteurs principaux du débat procédural : le conseiller au Conseil supérieur Martin de Lino et le procureur-général Mathieu-Benoît Collet. Ces deux personnages, durant une vingtaine d'années, vont s'opposer essentiellement sur l'application de l'ordonnance civile de 1667 et 1681. Sans conséquences majeures bien souvent, la plupart des critiques portant sur des délais, ces écrits sur la norme et sa nécessaire adaptation témoignent d'un souci constant des juges à façonner une norme parfaitement applicable à la Nouvelle-France. C'est Martin de Lino qui engage le fer le premier en faisant plusieurs observations relatives aux «difficultés qui se rencontrent dans l'exécution de certains articles des ordonnances de 1667, 1669 et 1681». Il relève, entre autres, le problème des délais accordés pour faire dresser l'inventaire des biens d'une succession, ainsi que ceux accordés au défendeur pour faire élection de domicile et nommer un procureur, lesquels ne sont pas adaptés à la colonie. Il dénonce également des difficultés dans la production de pièces justificatives dans les procès et l'obligation pour les curés d'envoyer la grosse et la minute des registres d'état civil. Dans le droit fil de cette perspective, il

<sup>65</sup> Sur l'arrêt solennel du Conseil d'État de 1679, voir l'analyse exhaustive de S. DAUCHY, préc., note 14, aux pages 84 et suiv.

<sup>66</sup> Cité par S. DAUCHY, *id.*, à la page 85.

critique les dates inadaptées des sentences et jugements, de même que les amendes imposées à ceux qui perdent leur appel. Très spécifiquement, il relève la difficulté pour la colonie d'établir la preuve écrite de l'engagement des matelots par contrat ou par rôle d'équipage. Le second ensemble de ses critiques est plus général, et repose essentiellement sur des abus procéduraux commis en Nouvelle-France. Il cristallise ainsi les abus commis par les procureurs au sujet de la taxe sur les dépens et ceux des curés qui « forcent les parties à s'accommoder » par un refus des sacrements afin de « favoriser certains particuliers ». Il relève que les juges qui sont créanciers ou débiteurs de parties à un procès ne se récuse pas et que le recueillement des voix lors de jugements au Conseil souverain n'est pas conforme à la pratique métropolitaine<sup>67</sup>. Ajoutant à ces observations, il adresse un mémoire à la métropole contestant la prétention du procureur général Collet « à être présent durant la visite d'un procès criminel »<sup>68</sup>, effectivement contraire à la lettre de l'ordonnance criminelle<sup>69</sup>.

Ainsi, si certaines remarques portent sur la pratique du droit en tant que telle, d'autres semblent viser essentiellement le fonctionnement du Conseil souverain et les agissements de Collet. Fort logiquement, Collet réagit alors en répondant point par point aux critiques du conseiller de Lino<sup>70</sup>.

Les circonstances de la colonie rendent également nécessaires certaines modifications, selon De Lino. Il constate que les conseillers La Martinière et Dupont de Neuville étant souvent absents du Conseil supérieur pendant l'hiver, en raison de l'âge et d'infirmités, il devra y présider. Il considère que « l'inexpérience des praticiens et des huissiers » jointe « au contrecoup qui survient par les saisons sont causes qu'on ne peut pas

---

<sup>67</sup> Observations faites par Martin de Lino, conseiller au Conseil supérieur, sur les difficultés qui se rencontrent dans l'exécution de certains articles des ordonnances de 1667, 1669 et 1681, s.d., AC, MG1-C11A, bobine n° F-2, vol. 2, fol. 360-363v.

<sup>68</sup> Lettre de Martin de Lino, mémoire touchant certains articles des ordonnances de 1667, 1669 et 1681, AC, MG1-C11A, bobine n° F-34, vol. 34, fol. 424-425v.

<sup>69</sup> Art. 2, titre 24: « Leur défendons d'assister à la visite, ou au jugement du procès, ou d'y donner leurs conclusions de vive voix, dont nous abrogeons l'usage. ». Daniel JOUSSE, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670*, Paris, chez Debure, 1763, p. 427.

<sup>70</sup> Réponse (de Mathieu-Benoît Collet) aux observations de Martin de Lino sur certains articles des ordonnances de 1667, 1669 et 1681, s.l.n.d., AC, MG1-C11A, bobine n° F-2, vol. 2, fol. 364-370v.



suivre toujours l'ordonnance à la lettre, et qu'il croit qu'il serait absolument nécessaire d'y remédier et qu'on pourrait y faire quelques modifications, la faire surseoir à son entrée [...] »<sup>71</sup>. La question de l'application de l'ordonnance s'éternise durant une vingtaine d'années, les considérations pragmatiques et les jeux de pouvoirs aboutissant à un atermoiement coupable de la métropole. Le 14 novembre 1714, une lettre de Collet, procureur général du Conseil supérieur, au ministre s'attaque aux critiques « injustifiées » d'un conseiller au sujet de l'ordonnance de 1667. Les protagonistes semblent alors mêler, dans le débat, à la fois la procédure civile et la procédure criminelle. Il relève qu'un conseiller « [...] lui reproche d'insérer avant ses conclusions les motifs sur lesquels il s'appuie, faisant valoir [l'inobservation] de l'ordonnance de 1670 ». Il conteste alors énergiquement :

« Je viens d'apprendre qu'un conseiller du Conseil supérieur a fait des observations sur les difficultés qu'il trouve dans l'exécution de certains articles de l'ordonnance de 1667 et qu'il les a envoyées à votre Grandeur. Sur quoi, je crois devoir vous dire, Monseigneur, que la première proposition que j'en ai vu et que tend à montrer que l'art. 1<sup>er</sup> du titre 7 ne peut être exécuté dans ce pays, parce que l'auteur a parlé d'une matière qu'il n'entend pas, je ne sais pas le surplus de ses propositions mais votre Grandeur verra l'erreur de la première par le mémoire que j'ai aussi l'honneur de lui envoyer. »<sup>72</sup>

Il justifie alors son action et son interprétation de l'ordonnance relativement à la motivation de ses conclusions par une volonté pédagogique, face à des conseillers qu'il juge, vraisemblablement, peu aptes à saisir toutes les subtilités juridiques :

« Je dirai encore à votre Grandeur qu'en vue de mieux remplir mon devoir et faire sentir aux juges les points décisifs dans les questions un peu difficiles, j'ai observé, lorsque j'ai donné des conclusions par écrit, d'insérer immédiatement, avant mes conclusions, les motifs sur lesquels je m'étais déterminés. J'en ai plus de peine, mais je ne crois pas devoir l'épargner quand il s'agit du bien de la justice. »<sup>73</sup>

<sup>71</sup> Résumé d'une lettre de Martin de Lino avec commentaires, 5 novembre 1711, MG1-C11A, bobine n° F-32, vol. 32, fol. 254v.

<sup>72</sup> Lettre de Collet, procureur général du Conseil supérieur, au ministre, critique injustifiée d'un conseiller au sujet de l'ordonnance de 1667, 14 novembre 1714, AC, MG1-C11A, bobine n° F-34, vol. 34, fol. 367v-368v, fol. 367v.

<sup>73</sup> *Id.*, fol. 368.

Si on comprend bien l'utilité d'une telle motivation, il faut bien constater qu'elle est perçue par de Lino comme une manière de biaiser la liberté des conseillers, en apportant des motivations écrites auxquelles ils ne pourraient s'opposer par leur connaissance insuffisante du droit<sup>74</sup>.

Devant ces critiques, Collet propose son propre projet permettant de rendre plus efficace l'exercice de la justice dans la colonie. En octobre 1715, il écrit au ministre de la Marine soulignant sa collaboration avec l'intendant Bégon sur les projets concernant l'ordonnance de 1667, le mariage des enfants et les seconds mariages, autant de modifications de l'ordonnement juridique au contexte colonial. Cette réflexion est faite de concert avec l'intendant et vise à affiner l'ordonnance de 1667 et les textes adoptés afin d'acclimater celle-ci au contexte de la Nouvelle-France<sup>75</sup>. L'adaptation dépasse le simple cadre de l'ordonnance civile et vise à constituer quasiment un *corpus juris* propre à la colonie<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> «Cependant, un conseiller a prétendu que je devais donner mes conclusions toutes simples. Il est vrai, Monseigneur, que par l'article 3 du Titre 24 de l'ordonnance criminelle, il est dit que le procureur du Roi ou de la seigneurie ne pourront pas mettre dans leurs conclusions les raisons sur lesquelles, elles seront fondées»: *id.* On constate effectivement que l'ordonnance criminelle, dans son article 3 du titre 24, établissait: «Les conclusions seront données par écrit et cachetées et ne contiendront les raisons sur lesquelles elles seront fondées.» D. JOUSSE, préc., note 69, p. 427. À cet argument, Collet rétorque que «[...] cette ordonnance n'est que pour les matières criminelles et elle ne parle point des Procureurs Généraux. L'ordonnance de 1667 qui est pour la matière civile n'a aucune disposition sur cela. Et ce même conseiller convient que quand je prends des conclusions de vive voix, je peux en dire toutes les raisons. Je vous supplie Monseigneur de me prescrire vos intentions sur ce point afin que je m'y conforme. Je dois aussi avertir votre Grandeur qu'il n'y a point de livres dans le Conseil quoiqu'il d'eût y en avoir suivant les ordonnances»: Lettre de Collet, procureur général du Conseil supérieur, au ministre, critique injustifiée d'un conseiller au sujet de l'ordonnance de 1667, préc., note 72, fol. 368v.

<sup>75</sup> «J'ai eu l'honneur de conférer avec Monsieur Bégon, d'un dessein que j'ai conçu pour faciliter en ce pays l'exécution de l'ordonnance de 1667, du règlement du 1<sup>er</sup> novembre 1678 fait pour l'exécution de cette ordonnance et de l'édit du roi du mois de juin 1679 qui a confirmé ce règlement aux exceptions y contenues»: Lettre de Collet, procureur général au Conseil supérieur, au ministre, 30 octobre 1715, AC, MG1-C11A, bobine n° F-35, vol. 35, fol. 242-245v., fol. 242v.

<sup>76</sup> «Je lui ai parlé en même temps du projet de déclaration que j'ai dressé par ordre de votre Grandeur sur le mariage des enfants de l'un et l'autre sexe aussi bien que d'un autre projet de déclaration concernant les seconds mariages qu'il est important de favoriser. Comme toutes ces choses concernant la jurisprudence de l'administration de la justice, dont il est chef en ce pays, j'ai estimé que le respect que je lui dois m'engageait à lui rendre ce devoir (...)»: *id.*, fol. 242v-243.

Collet propose deux solutions permettant de résoudre, selon lui, les difficultés rencontrées au Canada relativement à la procédure civile. Il estime que les Canadiens, «connaissant mal l'ordonnance de 1667 et les règlements et édits qui en ont modifié certaines dispositions», sont la proie des praticiens et de «ceux qui ont l'esprit processif»<sup>77</sup>. En conséquence de quoi, il propose soit de faire valider «tous les actes, contrats et procédures sur licitations ou adjudications par décret jusqu'en l'année 1710 inclusivement» ou de rédiger un projet d'ordonnance qui remplacerait l'ordonnance de 1667 sur la procédure civile et les règlements subséquents. La réponse du Conseil de la Marine s'avère peu encourageante. Il refuse la première proposition et, concernant le projet d'ordonnance, se demande «s'il compte le faire en France ou au Canada, quel temps il y emploiera et quelle dépense ce sera pour le roi»<sup>78</sup>. La question du lieu de rédaction se comprend car Collet demande à plusieurs reprises, dans les mêmes années, à pouvoir prendre congé, alléguant notamment de la santé chancelante de sa mère.

Par contre, le problème évoqué par de Lino concernant le manque de praticien, et la dérogation permettant aux conseillers du Conseil supérieur de conseiller juridiquement leurs proches et de les représenter par procuration trouve une réponse positive de la part du Conseil de la Marine et de la part de Collet, celui-ci se faisant, à cette occasion, le défenseur d'une pratique coutumière en marge de la lettre de l'ordonnance. Il estime qu'il est de l'avantage des colonies «d'y laisser cet usage qui est établi depuis plus de 50 ans»<sup>79</sup>:

«[...] l'usage du Conseil supérieur a toujours été de souffrir que ses officiers pussent se charger des procurations de leurs amis absents, agir dans leurs affaires, les représenter et écrire pour eux. Et comme faute d'avocats et de procureurs les parties y manquent en Conseil, on ne s'est pas contenté de tolérer comme on fait en France que les officiers pussent conseillers et aider leurs parents à faire leurs écritures on leur a laissé la même liberté pour leurs amis en s'abstenant d'assister aux jugements suivant l'ordonnance de 1667. Cet usage est fondé sur ce que ces officiers étant obligés d'avoir des correspondants dans les autres colonies ou en France n'ont pu par la liaison d'affaire

<sup>77</sup> Délibération du Conseil de Marine sur un mémoire de Collet, procureur général du Conseil supérieur, 15 juin 1717, AC, MG1-C11A, bobine n° C-2385, vol. 37, fol. 291-294.

<sup>78</sup> *Id.*, fol. 294.

<sup>79</sup> Délibération du Conseil de Marine sur un mémoire de Collet, 16 juin 1717, AC, MG1-C11A, bobine n° F-37, vol. 37, fol. 245-246, fol. 245.

qu'ils ont ensemble se dispenser de se charger de leurs procurations, et si on avait voulu les en empêcher, ils auraient mieux aimé quitter leurs charges.»<sup>80</sup>

Le contexte bien particulier de la colonie et de la difficulté à trouver des praticiens justifie donc cet usage, qui se trouve toutefois contesté par certains juristes de Nouvelle-France, alléguant de l'article 115 de l'ordonnance de Blois<sup>81</sup>. L'argumentaire juridique développé à cette occasion par Collet est alors édifiant par son interprétation pragmatique :

« 1 Que ces ordonnances sont antérieures à l'établissement dudit conseil supérieur et elles n'y ont point été envoyées ni enregistrées.

2 Elles ne défendent point aux officiers (fol. 246) des cours supérieures de se charger des procurations de leurs amis absents, elles n'ont par conséquent aucune application au fait dont il s'agit.

3 Si on ôtait cette liberté aux officiers des colonies, on ne trouverait personne qui voulût l'être.»<sup>82</sup>

Le premier argument laisse dubitatif, lorsque l'on sait qu'en principe toutes les ordonnances existantes au moment de la création du conseil souverain en avril 1663 sont d'application immédiate à la colonie, à partir de cette date<sup>83</sup>. Collet ne peut ignorer cette disposition constitutive du fonctionnement du Conseil. Le dernier argument montre bien la gouverne de ses usages propres à la Nouvelle-France. Le pragmatisme doit régner, et la nécessité fait seule véritablement loi<sup>84</sup>. Le procureur général au Conseil

<sup>80</sup> *Id.*, fol. 245v-246.

<sup>81</sup> « [...] nonobstant ces raisons, quelques praticiens ont voulu attaquer cet usage sous prétexte que par les anciennes ordonnances, spécialement par l'art. 115 de celle de Blois, il est défendu aux présidents, conseillers et procureurs généraux de postuler et consulter pour les parties » : *id.*, fol. 246.

<sup>82</sup> *Id.*

<sup>83</sup> Voir : « Édit de création du conseil supérieur de Québec avril 1663 », dans *Édits, ordonnances royaux déclarations et arrêts du Conseil d'État du Roi concernant le Canada*, vol. 1, Québec, Desbarats, 1803, p. 21; John A. DICKINSON, « New-France: Law, Courts, and the Coutume de Paris, 1608-1760 », (1996) 23 *Manitoba Law Journal* 35. Voir également l'arrêt de la Cour du banc du roi de Québec, du 14 avril 1809, *Pozer c. Meiklejohn*, dans *Pyke's Reports Cases argued and determined in the Court of King's Bench for the District of Quebec in the province of lower Canada*, 1811, p. 13, cité dans Arnaud DECROIX, David GILLES et Michel MORIN, *Arbitrage et administration de la justice au Québec de 1740 à 1785*, Montréal, Éditions Thémis, à paraître début 2011.

<sup>84</sup> En définitive, le Conseil de la Marine décide d'adopter les vues de Collet et ordonne de faire un règlement conforme à ce projet pour toute la colonie; copie du mémoire présenté au Conseil de Marine par Mathieu-Benoît Collet, procureur général du roi au

supérieur joue ici un rôle de gardien des normes voulues par le pouvoir métropolitain, et incarne personnellement la doxa normative soit émanant de Versailles, soit recueillie au sein de la pratique, de la doctrine et de la jurisprudence nationales ou locales<sup>85</sup>. Les aménagements sont toutefois de peu d'envergure et visent essentiellement « à réduire le formalisme et la rigueur des règles de procédure afin de pouvoir trancher les litiges plus rapidement et à moindre coût »<sup>86</sup>.

Le discours sur la Coutume de Paris, sujet de moins de rapports personnels tendus, montre toutefois que l'application d'une norme « étrangère »<sup>87</sup> à des mœurs et à des contingences spécifiques nécessite une implication de tous les instants des administrateurs afin que la norme convienne parfaitement au contexte colonial. Une fois le choix de la coutume de Paris entériné en 1664, seules certaines dérogations circonstancielles sont acceptées dans un premier temps, notamment l'abandon des dispositions relatives à la garde-noble<sup>88</sup>. Toutefois, la pratique a tendance, assez rapidement, à se dégager des contingences coutumières.

---

Conseil supérieur de la Nouvelle-France, 1717, AC, MG2-B3, bobine n° C-10227, vol. 247, fol. 412-415v.

<sup>85</sup> Ainsi, en 1726, une lettre de Mathieu-Benoît Collet adressée à Dupuy, commente les déclarations de certains conseillers au sujet de positions juridiques que les conseillers doivent adopter face à la nouvelle situation dans laquelle se trouve Eustache Chartier de Lotbinière au conseil depuis qu'il a été ordonné prêtre, relativement à son rang et à ses gages. À cette occasion, il rappelle le cas du conseiller-clerc Joseph de La Colombière, faisant figure de précédent pour de telles situations selon lui. Voir : AC, MG1-C11A, bobine n° F-48, vol. 48, fol. 423-423v.

<sup>86</sup> S. DAUCHY, préc., note 14, à la page 87.

<sup>87</sup> Rappelons que la population de la Nouvelle-France provient, dans une grande majorité jusqu'à la deuxième moitié du XVII<sup>e</sup> siècle, des provinces de l'ouest de la France, notamment du Poitou et de la Normandie. Sur l'application de la coutume de Paris, voir : D.H. SENÉCAL, « Histoire de la coutume de Paris », (1864) *Revue canadienne* 163; Alexandre GÉRIN-LAJOIE, « Introduction de la coutume de Paris au Canada », (1941) *Revue du barreau de la province de Québec* 61; Yves ZOLTIVANY, « Esquisse de la coutume de Paris », (1971) 25-3 *Revue d'Histoire de l'Amérique française* 365; David GILLES, « La condition juridique de la femme en Nouvelle-France : essai sur l'application de la Coutume de Paris dans un contexte colonial », dans *Cahiers aixois d'histoire des droits de l'outre-mer français*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, p. 77; S. DAUCHY, préc., note 14, aux pages 88-90.

<sup>88</sup> En 1664, par l'article 33 de l'établissement de la Compagnie des Indes occidentales de 1664, les juges de la colonie doivent appliquer la coutume de la prévôté et vicomté de Paris. Après la démission de la compagnie en 1674, les commissions de l'intendant prévoient que le Conseil souverain juge toutes matières civiles et criminelles conformément aux édits et ordonnances et à la coutume de Paris. En 1676, l'intendant Duchesneau affirme que ce n'est pas l'intention du roi de voir appliquer une autre

L'intendant Bégon se plaint ainsi du non-respect de la Coutume de Paris par les seigneurs de la colonie, demandant au Conseil de la Marine de réaffirmer et de sanctionner clairement cette situation<sup>89</sup>. En 1727, dix ans après, c'est l'intendant Dupuy qui rapporte à nouveau à Paris l'attitude de certaines communautés religieuses qui prétendent imposer, contrairement à la Coutume de Paris, certaines servitudes à leurs censitaires<sup>90</sup>.

*A contrario*, ce sont parfois les justiciables qui revendiquent l'application de la Coutume de Paris à leur profit. Ainsi, l'archidiacre de Québec, Chartier de Lotbinière, ainsi que plusieurs prêtres demandent « soit l'établissement de la dîme sur le pied de la coutume de Paris » ou l'autorisation d'abandonner leurs missions<sup>91</sup>, requête reprise par l'ensemble des curés du diocèse de Québec<sup>92</sup>.

On trouve encore, dans les fonds de la famille Beauharnois, un document, peut-être de la main de Beauharnois, demandant que « pour le bien des habitants du Canada et pour empêcher leur ruine, il serait nécessaire que le Conseil eût la bonté de donner un règlement en conformité à l'usage pratiqué au Parlement de Paris »<sup>93</sup>. Lorsqu'il s'agit de la saisie réelle des immeubles et afin d'éviter « les grands frais qu'il convient (de) faire », ceux-ci couvrant « entièrement leurs biens saisis, sans que le créancier trouve satisfaction et qui vient ruiner néanmoins les habitants », l'usage métropolitain est que « le Parlement ordonne qu'il sera vendu et adjudgé

---

coutume que celle de Paris. Un certain nombre d'articles de la coutume ne s'appliquent pourtant pas à la Nouvelle-France. Il s'agit essentiellement du titre 12, concernant la garde noble et bourgeoise, et les articles 46, 48, 85, 86, 91, 95, 111, 112, 122, 163, 173, 174, 193, 219, 238, 290, 347, 350 à 352 et 353.

<sup>89</sup> Arrêt du Conseil de Marine sur une lettre de Bégon du 14 octobre 1716 au sujet des servitudes, contraires à la coutume de Paris, imposées par les seigneurs à leurs censitaires, 5 mai 1717, AC, MG1-G1, bobine n° F-766, vol. 462, fol. 85-87v.

<sup>90</sup> Lettre de M. Dupuy au ministre, 20 octobre 1727, AC, MG8-A1, bobine n° C-13999, vol. 10, p. 1791.

<sup>91</sup> Lettre de MM. Chartier de Lotbinière, archidiacre de Québec, Lyon de Saint-Ferréol, curé de Québec, Levasseur et Gaillard, 1730, AC, MG8-A1, bobine n° C-14000, vol. 12, fol. 2564 et 2565.

<sup>92</sup> Requête des curés missionnaires du diocèse de Québec pour obtenir que les dîmes soient réglées conformément à la Coutume de Paris, 1730, AC, MG8-A1, bobine n° C-14000, vol. 12, p. 2566-2573.

<sup>93</sup> Note manuscrite, s.l.n.d., AC, MG18-G6, bobine n° C-2925, vol. 1, p. 2.

par publication à trois jours du dimanche»<sup>94</sup> et cela «lorsque l'immeuble saisi ne vaut que 2000 livres et au-dessous»<sup>95</sup>.

Ces difficultés au regard de l'application de la Coutume de Paris constituent une constante. En 1677, Versailles indique à l'intendant Duchesneau qu'il a bien fait de «redire les droits seigneuriaux à la coutume de Paris»<sup>96</sup>. Globalement, la stratégie en la matière vise à réduire la chicane, à diminuer la longueur des procédures, le Conseil obtenant même le droit d'arbitrer les amendes et de fixer les dépens, la pauvreté des habitants justifiant la modification de certaines dispositions de l'ordonnance de 1667, comme les sentences de provision en matière sommaire<sup>97</sup>.

Bien évidemment, les propositions visant aux réformes juridiques ont souvent une forte connotation fiscale, destinées à faciliter la vie des habitants et résoudre les difficultés des administrateurs dans la valorisation des terres ou dans le développement commercial de la colonie<sup>98</sup>.

Raudot père dresse ainsi une longue liste des abus et des modifications qu'il faudrait opérer dans l'application de la Coutume de Paris notamment au regard des droits et devoirs liés aux tenures roturières. Il estime qu'il faudrait réduire le cens au taux uniforme de six deniers par argent, qu'il serait bon de «retrancher le chapon gras en chapon vif», en laissant aux habitants le privilège «de le payer en argent à raison de 15 sols». Il constate que, sous son mandat, ce privilège «est au seigneur» et celui-ci «exige 30 sols, ce qui est le double de la valeur». De même, il abolirait les corvées ou ne «permettrait de les exiger qu'à des époques déterminées» car il y voit une source de vexation indue dans les mains des seigneurs. Il

---

<sup>94</sup> *Id.*

<sup>95</sup> *Id.*

<sup>96</sup> Le ministre à M. Duchesneau, 28 avril 1677, AC, MG1-B, bobine n° F-187, vol. 7, fol. 75-80.

<sup>97</sup> La somme de 1000 livres prévue par l'ordonnance civile par l'article 14 titre XVII est ainsi diminuée à 250 livres; S. DAUCHY, préc., note 14, à la page 89.

<sup>98</sup> Ainsi, La Chesnaye et Martin de Lino défendent les intérêts de la Compagnie de la Colonie. Ils demandent à la métropole la prolongation de ses privilèges pour trente ans et la permission pour celle-ci d'établir des magasins au fort Frontenac et à Détroit. Ces administrateurs demandent également au pouvoir royal de supprimer le droit du quart et d'imposer plutôt «un droit sur toutes les marchandises de France qui entrent au Canada». Ils demandent enfin à l'autorité monarchique de régler «par un arrêt ceux qui auront voix délibérative dans les assemblées du pays». Résumé de la correspondance provenant du Canada, 1700, AC, MG1-C11A, bobine n° F-18, vol. 18, fol. 59v-61v.

retrancherait également « le droit que se donnent les seigneurs de prendre du bois à volonté sur la terre d'habitant ». Par contre, il considère que le droit relatif à la tenue du moulin banal est « généralement à l'avantage des deux parties ». Il souhaite que le droit relatif au four banal et le droit de pêche soient abolis, du moins là où ce dernier « ne constitue pas le principal revenu ». Enfin, il estime qu'il faut retirer « le droit roturier », celui-ci étant aussi exorbitant que le droit lignager et qui « n'est pas conforme à la Coutume de Paris »<sup>99</sup>.

Les administrateurs remarquent parfois la simple impossibilité d'appliquer les décisions de la métropole, au regard des réalités du terrain, comme c'est le cas par exemple concernant l'édit de juillet 1720 relatif à la levée du droit pour les invalides de la Marine<sup>100</sup>. La méconnaissance ou la difficile application des normes est souvent l'occasion d'un dialogue entre administrateurs et métropole, celle-ci engageant les premiers à une meilleure connaissance des œuvres juridiques. Le ministre indique ainsi à l'intendant Duchesneau qu'afin de « resserrer les ecclésiastiques dans les bornes » de son autorité, il doit « se rendre habile en ces matières en lisant les auteurs qui en ont traité »<sup>101</sup>.

Ces adaptations successives et d'importance inégale aboutissent toutefois à la constitution progressive d'une pratique propre à la colonie qui, si elle conserve l'architecture du corpus métropolitain, forme une singularité normative qui sera reprise par Cugnet après la Conquête britannique. Cette herméneutique coloniale sera toutefois source de zones d'ombre pour les fondements juridiques du territoire<sup>102</sup>. La constitution d'une tradition et d'une interprétation propre à la colonie se fait dans un souci à la

<sup>99</sup> Mémoire de Raudot père sur les droits et redevances établis par les seigneurs du Canada sur les terres par eux concédées en roture, 1708, AC, MG1-C11G, bobine n° F-421, vol. 6, fol. 66-69.

<sup>100</sup> Lettre de Bégon au Conseil de Marine concernant l'exécution de l'édit de juillet 1720, 4 novembre 1721, AC, MG1-C11A, bobine n° C-2387, vol. 44, fol. 98-99. Jean-Eustache Lanoullier, chargé de la levée de ce droit pour la colonie, explique pourquoi « il ne commencera cette régie que l'année prochaine » car les armements et désarmements qui se font à Québec ne sont ordinairement que pour de petits bâtiments « dont les plus gros, depuis 40 jusqu'à 60 tonneaux, vont à l'île Royale et les autres de moindre port ne font des voyages qu'à Montréal et dans l'intérieur de la colonie ».

<sup>101</sup> Le ministre à M. Duchesneau, 28 avril 1677, AC, MG1-B, bobine n° F-187, vol. 7, fol. 75.

<sup>102</sup> Voir: Michel MORIN, « Les changements de régimes juridiques consécutifs à la Conquête de 1760 », (1997) 57 R. du B. 689.



fois pragmatique mais également pédagogique, les administrateurs étant conscient que les modifications doivent être bien connues des Canadiens. Ainsi, Collet écrit en 1712 :

« Mon premier soin a été, suivant vos ordres Monseigneur, de m'instruire du règlement du roi pour cette colonie. Je prévois que, dans la suite, il sera nécessaire de faire encore quelques explications sur des articles de différentes ordonnances de Sa Majesté, qui ne peuvent pas être entièrement exécutées dans cette colonie, j'en ferai des mémoires raisonnés que j'aurai l'honneur d'envoyer à votre Grandeur. »<sup>103</sup>

À la lecture de ce mémoire, une pratique locale s'affirme autour de l'obligation d'enregistrement des ordonnances par le Conseil, laquelle aura de grandes conséquences pour l'avenir du droit civil dans la colonie<sup>104</sup>. Le principe est l'enregistrement obligatoire de tous les édits et ordonnances à destination de la colonie, afin de rendre ces normes exécutoires et d'assurer leur publicité. Cette question agitera les relations juridiques entre la Nouvelle-France et la métropole durant toute la colonisation. Si l'Ordonnance sur la procédure civile de 1667, fait l'objet d'un enregistrement<sup>105</sup> devant le Conseil souverain de Québec<sup>106</sup>, il n'en est

<sup>103</sup> Lettre de Mathieu-Benoît Collet, procureur général du Conseil supérieur, au ministre, 5 novembre 1712, AC, MG1-C11A, bobine n° F-33, vol. 33, fol. 190-193v, fol. 190.

<sup>104</sup> En effet, après la Conquête et le rétablissement du droit français pour les questions de droit privé par l'Acte de Québec, la question se posera de savoir quel droit français appliquer : celui effectivement appliqué dans la colonie, ou celui enregistré par le Conseil supérieur ? Un fort décalage existe entre les normes enregistrées et les normes appliquées. Les Britanniques, afin notamment de ne pas soumettre leurs marchands à l'ordonnance sur le commerce français, qui n'avait pas été enregistrée, décidèrent de n'appliquer à la colonie que les ordonnances enregistrées, réduisant ainsi *de facto* le nombre de normes d'origine française applicables après 1774. Selon Jean-Maurice Brisson, l'enregistrement de l'ordonnance civile ne serait qu'indirect. À ce sujet, voir : Édouard FABRE-SURVEYER, « La procédure au Canada jusqu'à 1679 », dans *Rapport annuel de la société d'histoire du Canada*, 1932, p. 1 ; John Alexander DICKINSON, *Justice et justiciables. La procédure civile à la prévôté de Québec (1667-1759)*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1982 ; Jean-Maurice BRISSON, *La formation d'un droit mixte. L'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Éditions Thémis, 1986, p. 34.

<sup>105</sup> *Ordonnance de Louis XIV, roi de France et de Navarre, du mois d'Avril 1667. Avec le procès verbal contenant les modifications faites par le conseil à la dite ordonnance. Édits, ordonnances royaux, déclarations et arrêts du Conseil d'Etat du Roi concernant le Canada*, Québec, Fréchette, 1854, p. 106.

<sup>106</sup> Jean-Maurice Brisson considère qu'il n'était pas nécessaire qu'intervienne un enregistrement préalable pour donner leur force exécutoire aux normes métropolitaines dans la colonie : J.-M. BRISSON, préc., note 104, p. 37.

pas de même des ordonnances qui lui feront suite, ce qui posera d'importantes difficultés au moment de la Conquête. Collet est conscient des problèmes posés par la pratique du Conseil, qui n'enregistre qu'une partie des textes et n'assurant qu'une publicité très parcellaire des instruments normatifs :

« J'ai remarqué que, jusqu'à présent, les édits, déclarations ou arrêts du Conseil d'État du roi n'ont point été enregistrés suivant la déclaration du 24 février 1673, à la requête du procureur général du roi, et que l'enregistrement en a seulement été fait (sans lecture ni publication à l'audience) au greffe du conseil supérieur de ce pays, et que cet enregistrement n'a point été fait dans les juridictions de la prévôté et amirauté de Québec, ni dans celle de Montréal ou Ville-Marie et des Trois-Rivières, quoique cette formalité soit nécessaire et prescrite par l'article 4<sup>e</sup> du titre 1<sup>er</sup> de l'ordonnance du mois d'avril 1667, afin que les édits, déclarations et arrêts du Conseil d'État du Roi soient gardés et observés dans cette juridiction. »<sup>107</sup>

Souhaitant réformer cette situation dérogatoire au droit commun et à la lettre de l'ordonnance civile, Collet propose au ministre de procéder aux enregistrements devant le Conseil supérieur à la requête du procureur général du roi, après lecture et publication à l'audience du Conseil<sup>108</sup>. Il déplore également, dans le même mémoire, l'application locale de l'ordonnance de la Marine d'août 1681. Une pratique propre à la colonie, faisant jouer les antagonismes institutionnels et personnels, semble mettre en jeu des rapports difficiles entre la juridiction de l'Amirauté et le Conseil supérieur. Cette question est d'importance car elle porte sur les intérêts du roi, Collet soulignant qu'à la suite de l'arrêt du Conseil d'État du 10 mai 1691, tous les effets résultant d'un naufrage sont déclarés appartenir au roi seul<sup>109</sup>. En 1720, il défend à nouveau la juridiction des tribunaux civils

<sup>107</sup> Lettre de Mathieu-Benoît Collet, procureur général du Conseil supérieur, au ministre, préc., note 103, fol. 190v-191.

<sup>108</sup> « J'ai fait cette observation à monsieur l'intendant qui la trouve juste, cependant comme mon dessein est de ne rien innover de mon chef, mais de me conformer aux ordres de votre grandeur, je la supplie de me faire savoir son intention et si elle trouvera bon que désormais les enregistrements soient faits au Conseil supérieur de ce pays à ma requête comme procureur général du roi, qu'avant [fol. 191v] l'enregistrement, il y ait lecture et publication à l'Audience du Conseil (...) ». *Id.*, fol. 191-191v.

<sup>109</sup> *Id.*, fol. 191v-192. Il constate que le receveur des droits de l'amiral s'oppose à la sentence de l'amirauté et fait appel de cette décision devant le Conseil supérieur. Selon lui, la confirmation de la sentence ne peut recevoir de difficultés « parce que la clause de son bail ne doit s'entendre que des échouements et naufrages, dont parle l'ordonnance

pour connaître des différends entre soldats et habitants du Canada. Il revendique pour ceux-ci, suivant l'ordonnance de la Marine de 1689 et le règlement à destination du Canada du 30 mai 1693, « la connaissance des querelles et différends qui arrivent entre les officiers ou soldats et les bourgeois ou habitants »<sup>110</sup>, ceux-ci appartenant « aux juges ordinaires des lieux, sans que les officiers puissent en connaître ni faire sortir de prison ceux qui auront été emprisonnés par l'autorité des juges ordinaires »<sup>111</sup>. Il interprète alors le texte au regard du règlement du 30 mai 1693, « exprès pour la conduite, police et discipline des compagnies que sa majesté entretient dans le Canada, par l'article 17 duquel la même disposition [que dans l'ordonnance de la Marine] est répétée mot pour mot, [faisant] en sorte que l'intention du Législateur ne peut être révoquée en doute »<sup>112</sup>. Il déplore que, à chaque querelle entre officiers et habitants, le gouverneur général fasse mettre en prison les bourgeois ou habitants et il demande « une explication sur l'autorité du gouverneur général à cet égard »<sup>113</sup>.

L'adaptation des normes coloniales constitue donc un souci permanent et la défense des compétences juridictionnelles des différentes institutions préoccupe largement les administrateurs, le schéma institutionnel judiciaire de la colonie étant différent de celui d'une province métropolitaine classique. Collet prie ainsi l'intendant Bégon de représenter qu'en vertu de « [...] l'article dernier de l'édit du mois de juin 1679 rendu pour l'exécution en Canada de l'Ordonnance civile du mois d'avril 1667, il a été ordonné, qu'en attendant que le nombre de juges de la Prévôté de Québec eût été augmenté, les cas prévôtaux seront instruits et jugés dans le Conseil supérieur et l'effet de quoi seulement le prévôt des maréchaux y avait séance et voix délibérative »<sup>114</sup>.

---

de la Marine du mois d'août 1681, dans lesquels Monseigneur l'amiral a son droit et non pas de ceux dont il est question [en l'espèce], qui sont et appartiennent au roi seul, et dans lesquels monsieur l'Amiral n'a rien ». *Id.*, fol. 192-192v.

<sup>110</sup> Requête de Mathieu-Benoît Collet, procureur général du Conseil supérieur, au comte de Toulouse et délibération du Conseil de Marine, 10 mars 1720, AC, MG1-C11A, bobine n° F-42, vol. 42, fol. 248-248v.

<sup>111</sup> *Id.*

<sup>112</sup> *Id.*, fol. 248v-249.

<sup>113</sup> *Id.*, fol. 249v.

<sup>114</sup> Résumé d'une lettre de Bégon datée du 6 novembre 1720 et délibération du Conseil de Marine, 8 janvier 1721, AC, MG1-C11A, bobine n° F-43, vol. 43, fol. 35-38, fol. 35-35v. Il ajoute « [...] que cet édit ne décidait point où seront instruits et jugés les cas royaux dont la connaissance est attribuée par l'art. 11 du titre premier de l'ordonnance

La structure institutionnelle du système judiciaire canadien rend donc *de facto* l'application de certaines des dispositions de l'ordonnance criminelle impossible dans son esprit et dans sa lettre à la colonie, ce qui occasionne un surcroît de procédures et une inefficacité du système judiciaire en Nouvelle-France au regard de la punition des crimes. Collet stigmatise cette situation en indiquant :

« [...] que par l'art. 14 de ce même titre, il est ordonné que les prévôts des maréchaux ne pourront juger en aucun cas à la charge de l'appel et par l'art. 15 que les juges présidiaux connaîtront aussi en dernier ressort des personnes et crimes mentionnés aux articles précédents préférablement aux prévôts des maréchaux, s'ils ont décret avant eux ou le même jour ; que suivant ces deux articles les cas royaux et prévôtaux doivent être jugés sans appel afin que la punition des crimes qu'ils comprennent en soit plus prompte et par ce moyen plus exemplaire. Que l'ordonnance n'a pu être exécutée en ce point lorsque les crimes n'ont point été de la compétence du prévôt des maréchaux parce que n'y ayant en Canada que des juges royaux, ils ne peuvent juger autrement qu'à la charge de l'appel ce qui retarde la punition des crimes peut en procurer l'impunité, et cause une multiplicité de procédure dont les frais tombent sur le domaine du roi [...]. »<sup>115</sup>

En conséquence de quoi, il propose une déclaration permettant d'adapter la logique de l'Ordonnance criminelle aux contingences du système juridictionnel de la colonie :

« Que pour se conformer en Canada autant qu'il est possible à l'ordonnance il serait nécessaire qu'il plut à sa Majesté d'édicter une déclaration par laquelle la connaissance des cas royaux et prévôtaux fut attribuée au Conseil Supérieur en première instance ainsi qu'est attribuée aux juges prévôtaux par les art. 11 et 15 de l'ordonnance du mois d'avril 1670 qui sera au surplus exécutée. Cette déclaration lui paraît utile, et si elle n'a pas été rendue jusqu'à présent, c'est peut-être parce qu'il n'y a pas eu de réduction pour le Canada que sur l'ordonnance de 1667 et qu'il n'en a point été proposé sur celle de 1670. »<sup>116</sup>

---

criminelle du mois d'août 1670 aux baillis, sénéchaux et juges présidiaux privativement à tous autres juges ni les cas prévôtaux énoncés dans l'art. 12 du même titre, qui sont appelés cas présidiaux parce que la connaissance n'en appartient aux prévôts des maréchaux que lorsque les crimes ont été connus hors des villes de leur résidence [...] ». *id.*, fol. 35v-36.

<sup>115</sup> *Id.*, fol. 36 et 37.

<sup>116</sup> *Id.*, fol. 37-37v.

*In fine*, le discours juridique constitue le reflet d'une simple collaboration administrative démontrant la nécessaire concertation entre les différents administrateurs. Le procureur général du Conseil supérieur de Louisbourg adresse ainsi à Benoit Collet une liste de requêtes formulées par articles demandant les indications de son homologue de Québec sur l'application de l'ordonnance de la marine<sup>117</sup>. Il s'enquiert alors afin de savoir si le procureur général possède la qualité de conseiller du roi<sup>118</sup>, ou pose la question fort pragmatique qui consiste à se demander si, « en cas de mort d'un père de famille délaissant une veuve ou des enfants mineurs, à la requête de qui les appositions des scellés doivent être mis et par qui? La coutume ne s'explique point à ce sujet. Il paraît pourtant que ce doit être à la diligence de la veuve lorsqu'il n'y a point de créancier qui agisse mais au défaut de l'un ou de l'autre »<sup>119</sup>. On voit ainsi apparaître, au sein des institutions, une tradition, une coutume juridique canadienne, qui organise un système juridique propre au pays, même si la formation de celle-ci n'est pas toujours cautionnée par la métropole<sup>120</sup>. Dépassant le cadre du droit au sens strict, l'adaptation aux objectifs économiques oblige à une interprétation ou à une réforme de la norme locale.

## 1. L'adaptation aux contraintes économiques de la colonie

Ce type de discours ne peut étonner, et c'est fort naturellement que les contingences économiques et fiscales trouvent leur place sous les plumes des administrateurs. Ainsi, dans un long mémoire concernant l'institution chargée d'affermir la collecte des taxes dans la colonie, le Domaine d'Occident, une réflexion sur la législation fiscale, qui dépasse le simple cadre

<sup>117</sup> Lettres et mémoires adressés par le procureur général du Conseil supérieur de Louisbourg à M. Collet, procureur général au Conseil supérieur de Québec, touchant ses fonctions et sa juridiction, 1719-1724, AC, MG1-G2, bobine n° F-679, vol. 178, fol. 296.

<sup>118</sup> *Id.*, fol. 300.

<sup>119</sup> *Id.*, fol. 301.

<sup>120</sup> Vaudreuil prie par exemple le conseil, à propos d'un différend qu'il a avec Mathieu-Benoit Collet « d'ordonner que le procureur général continuera d'avertir le gouverneur général pour les conseils extraordinaires [du Conseil supérieur de Québec] conformément à l'usage qui a toujours été observé en Canada ». Selon le Conseil de la Marine, « M. de Vaudreuil n'est point en droit d'exiger cette démarche du procureur général, c'est le premier huissier qui doit aller avertir le gouverneur... ». Délibération du Conseil de Marine sur une lettre de Philippe de Rigaud de Vaudreuil datée du 2 novembre 1721, 31 janvier 1722, AC, MG1-C11A, bobine n° F-125, vol. 124, fol. 498-500v.

commercial, s'affirme<sup>121</sup>. Ainsi, outre les considérations autour de la gestion en régie, des importations de vin ou des exportations de peaux d'originaux, l'auteur évoque la perception en régie des droits domaniaux et seigneuriaux (cens et rentes, lods et ventes, droit de quint...) et la nécessité – l'Arlésienne du droit seigneurial canadien – d'un papier terrier. Si la modicité des amendes de requête civiles et criminelles est soulignée, elle va de pair avec celles des droits d'aubaines, de bâtardises, déshérences, épaves, biens vacants, et autres naufrages... Le cœur de ce mémoire porte néanmoins sur le projet de taille et de capitation soumis en 1733, qui est envisagé favorablement. L'auteur relève les difficultés dans son exécution à « cause de l'esprit d'indépendance des Canadiens et de leur aversion pour les impôts »<sup>122</sup>. C'est bien souvent l'action et le rôle juridique, institutionnel et fiscal de la Compagnie des Indes occidentales, qui sont l'objet des critiques des administrateurs, l'idée de liberté du commerce s'opposant au monopole de la Compagnie.

La sécurité juridique et la cohérence normative constituent alors un objectif pour la jeune colonie. Le Peletier des Forts, membre du Conseil du Commerce, écrit ainsi en 1721 au Conseil de la Marine en rappelant que le pouvoir royal, par un arrêt du Conseil du 16 mai 1720, avait affirmé la liberté du commerce du castor mais que, par l'arrêt du 30 mai 1721, il avait redonné à la compagnie « le privilège exclusif » de celui-ci. Soulignant cette « incohérence », l'administrateur se fait l'écho des protestations à ce dernier arrêt des négociants en relation notamment avec la Rochelle<sup>123</sup>,

<sup>121</sup> Mémoire sur le Domaine d'Occident en Canada, 1741, AC, MG1-C11A, bobine n° C-2392, vol. 66, fol. 83-181.

<sup>122</sup> Il conteste la proposition de Beauharnois et d'Hocquart d'envoyer six cents soldats afin de soumettre les habitants. De la même manière, le projet des mêmes hommes d'établir un droit de trois pour cent à l'entrée et à la sortie des marchandises et d'envoyer 200 Suisses du régiment de Karrer pour en assurer la perception semble irréaliste à l'auteur, car, outre le caractère autoritaire, le commerce canadien n'est pas en mesure de supporter de telles charges. *Id.*, fol. 165-175.

<sup>123</sup> Ces derniers, ainsi que Martin de Lino, adressent en mars 1720 un placet au comte de Toulouse protestant contre la hausse vertigineuse des prix des marchandises de traite, qui risque d'éloigner les Indiens des Français et de les rapprocher des Anglais. Ils demandent à ce que la Compagnie des Indes accorde le commerce libre du castor dans le royaume « en lui payant un droit modique ». Placet adressé au comte de Toulouse par les négociants de Canada présents à La Rochelle et ceux de cette ville qui font le commerce et les commissions de ce pays, 29 mars 1720, AC, C11A, MG1-C11A, bobine n° C-2386, vol. 41, fol. 149-150.

et le conseil décide alors de surseoir à son exécution et de demander des éclaircissements au gouverneur et à l'intendant<sup>124</sup>.

Si le commerce et les considérations fiscales le concernant constituent un débat de choix pour les administrateurs, il existe également un discours sur la possession foncière. On connaît les débats autour des arrêts de Marly, et l'obligation sans cesse rappelée pour les seigneurs et leurs censitaires de « tenir feu et lieu » et de défricher les terres qui leur sont accordées. Plus originale, la question de la preuve de la concession de seigneuries dans le cadre du développement des comptoirs de traite, indispensables pour la colonie, apparaît à de nombreuses reprises dans les courriers des administrateurs. Le Président du Conseil de Marine écrit ainsi à Beauharnois et Hocquart au sujet du comptoir de Détroit fondé par Cadillac. Celui-ci ayant été obligé de quitter « le Détroit pour aller en Louisiane », il dut abandonner les établissements qu'il y avait formés et, à sa mort, sa veuve et ses enfants prétendirent que le poste lui avait été donné à titre de Seigneurie. Bien évidemment, les conséquences juridiques ne sont en rien les mêmes. Le président réfute les prétentions de la famille très clairement, rappelant un historique juridique défavorable à ces revendications<sup>125</sup>. La réflexion sur le droit peut ainsi prendre place au sein de stratégies personnelles.

<sup>124</sup> Mémoire de Le Peletier des Forts pour le Conseil de Marine, 1721, AC, C11A, MG1-C11A, bobine n° C-2386, vol. 39, fol. 319-323.

<sup>125</sup> Selon lui, le « commandement que le père a eu à ce poste ne lui a pas conféré de droits de Seigneurie, ni celui d'accorder des concessions, puisque celles qu'il avait concédées furent déclarées nulles par lettres Patentes en 1716. Il a même si peu prétendu à ce droit, qu'en 1720 il obtint un brevet qui lui concéda les terrains sur lesquels il avait fait bâtir à Détroit hors l'enceinte du fort et les terres qu'il avait défrichées, à la charge de borner ces terrains et d'en rapporter un procès verbal dans 2 ans, ce qu'il n'a pas fait. Depuis ce brevet, il paraît qu'il a demandé à être remboursé de ses dépenses et en tout cas de rentrer dans ses biens. Sur ces nouvelles demandes, il fut ordonné, par arrêt du 19 mai 1722, que le brevet de 1720 serait exécuté et qu'il jouirait en outre du droit de chasse et de pêche sur ses terres, qu'il serait remis en possession des meubles lui appartenant et qui se trouvaient existant à Détroit, sauf à lui de se pourvoir contre ceux qui se seraient emparé de ses autres effets et qu'il lui serait expédié une ordonnance de 2,000 livres sur le Trésor royal pour toute indemnité. Comme ces terrains ont été concédés à d'autres et qu'il convient cependant de terminer cette affaire, le roi a agréé la proposition qui lui a été faite de le renvoyer à discuter toute la question sur les lieux ». Le Président du Conseil de Marine à MM. de Beauharnois et Hocquart, AC, MG1-B, bobine n° C-4585, vol. 81, fol. 71.

## 2. Le droit instrumentalisé

La probité des instruments du pouvoir administratif dans les colonies est un enjeu de taille, et ces territoires, aux frontières fluctuantes, aux structures sociales fragiles, doivent bénéficier d'administrateurs de grande qualité, oubliant leurs intérêts personnels au profit de l'intérêt colonial. C'est la teneur de la supplique rédigée par l'officier Jean-Daniel Dumas, dans son *Traité de la défense et de la conservation des colonies* :

«La sûreté d'une colonie est dans le cœur des hommes de courage qui l'habitent, dans l'âme des citoyens vertueux. L'argent ne détermine que les hommes médiocres que la nature a placés entre le vice et la vertu, et les détermine toujours à mal. Les dépenses utiles sont simples, faciles à soumettre au calcul. L'administrateur infidèle s'en abstient, les écarte, pour se livrer à des opérations de spéculation infinie. [...] Si au contraire la confiance dont le Souverain honore son représentant, se manifeste et que le gouverneur général d'une colonie soit une fois connu pour un homme jaloux de remplir ses devoirs, il a déjà acquis la faculté d'électrifier tout ce qui l'environne; il touche le premier anneau de la chaîne qui lie ensemble tous les ordres de citoyens, et le plus humble des sujets s'ennoblit en obéissant à l'impulsion, à l'extrémité opposée.»<sup>126</sup>

S'ils ne se parent pas tous de ces qualités, les administrateurs coloniaux savent toutefois jouer des normes à leur avantage, soit en les orientant à leur profit, soit en arguant de leur maîtrise devant les lacunes des collègues engagés dans la même course aux honneurs. Il en est ainsi de l'intendant Dupuy, qui déplore, dans la pratique coloniale, l'absence de rigueur et de connaissances juridiques :

«[...] on ne peut trop prendre de précautions contre des gens aussi hardis mais si peu instruits des règles et des maximes et des sources où ils pourraient les puiser qu'ils sont réduits à consulter journallement un mauvais praticien venu matelot dans la colonie à qui on n'a laissé exercer aujourd'hui le notariat que par le manque où l'on est de sujets qui en soient capables [...].»<sup>127</sup>

Dans le même temps, il sait louer ses propres connaissances et son activité, notamment dans ses fonctions d'administrateur de la justice, se

<sup>126</sup> J.-D. DUMAS, préc., note 44, chap. 22, p. 115.

<sup>127</sup> 26 janvier 1728, Jugements et Délibérations du Conseil supérieur de la Nouvelle-France (1717-1760), Chronica, CD-ROM, Société de recherches historiques, Archiv-Histo, 1995-1998.



jugeant « sévère et inexorable sur les fautes et sur les mauvais procès » ayant la satisfaction « de voir que depuis huit mois, on ne parle plus de vol, ni de batteries. Il ne se passe plus de débauche dans les cabarets. [...] Ainsi a-t-il fallu, pour suppléer à cette unanimité à laquelle on s'est totalement refusé, m'armer d'une fermeté à laquelle seule je dois l'ordre que je suis parvenu à faire observer »<sup>128</sup>. Variant sur le même thème, il ajoute que : « Dans le cours des affaires légères sur lesquelles on vient me demander journellement justice, les ordres que je délivre pour faire venir les parties, si elles n'aiment mieux s'accorder, accommodent plus d'affaires qu'ils ne m'en amènent pour les juger. »<sup>129</sup>

C'est parfois la procédure de justice qui est instrumentalisée, mettant en balance pouvoir colonial et pouvoir métropolitain. C'est encore l'intendant Dupuy qui témoigne d'un tel comportement de la part de la gentry religieuse dans un mémoire *pro domo* de 1729 :

« Je fus servi le lendemain d'un appel de mon ordonnance qui me fut apporté, les chanoines déclarant qu'ils en appelaient tant comme de juge incompetent qu'autrement, qu'ils ne comparaitraient ni devant l'intendant ni au Conseil supérieur qui n'était pas leur juge, qu'ils n'en avaient point dans la colonie et qu'ils prétendaient porter en France, au roi même, le jugement de leur contestation. »<sup>130</sup>

La réflexion sur la norme apparaît toutefois à l'occasion exempte d'intérêts personnels ou de considérations pragmatiques, et révèle davantage une réflexion « administrative ». Ainsi, Jean-Daniel Dumas préconise une meilleure application de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> janvier 1747 concernant les hôpitaux militaires du royaume. Il considère que, si l'ordonnance est bonne, il est possible en gardant ce type d'institution « constamment sous la main de l'administration »<sup>131</sup> et en prenant l'exemple de la gestion canadienne<sup>132</sup>, d'améliorer grandement son efficacité. Mais il faut constater, au regard du débat de Lino et Collet, que le discours sur la norme a du mal à se dégager de la gangue des rivalités personnelles, et la règle de droit

<sup>128</sup> AC, C11A, vol. 49, fol. 296.

<sup>129</sup> *Id.*, fol. 297.

<sup>130</sup> « Mémoire de l'intendant Dupuy au ministre, 1729 », dans R.A.P.Q., préc., note 49, p. 103.

<sup>131</sup> J.-D. DUMAS, préc., note 44, chap. 13, p. 204.

<sup>132</sup> « En Canada, les hôpitaux étaient tenus par des religieux cloîtrés, et nulle part l'humanité ne reçut des secours si utiles et si consolants. Nulle part aussi les frais de ces asiles ne furent plus légers pour le gouvernement ». *Id.*, p. 205.

constitue alors un instrument de choix afin de promouvoir les stratégies personnelles. Il est également nécessaire pour les acteurs du droit de gérer les cadres juridiques exogènes, qu'ils soient d'origine autochtone ou le produit d'autres puissances étrangères.

### 3. Le discours sur les normes exogènes : statuts personnels autochtones et normes étrangères

Les écrits des administrateurs coloniaux composent également le reflet des enjeux diplomatiques. L'intendant Dupuy lorsqu'il est amené à envisager les implications du traité d'Utrecht adopte une posture moins cynique et davantage juridique. Le contexte en est la prédominance des puissances britannique et française sur les nations amérindiennes. Ce sont notamment les Renards qui, au sortir du traité, deviennent l'enjeu d'une lutte diplomatique et militaire. Ces derniers, appartenant à la grande famille algonquienne, jouissaient de fort étroites relations avec les Iroquois, les Sioux et les Dakotas. Se trouvant dans la sphère d'influence anglaise, ce sont les ennemis héréditaires des Ojibwas, protégés des français. À partir de 1713 et de la signature du traité d'Utrecht, les anglais pouvaient se prévaloir du texte, afin de faire reconnaître les Renards comme amis de la Couronne britannique<sup>133</sup>. Toutefois, l'article 15 du traité prévoyait que des commissaires des deux nations devaient être réunis afin de définir le partage des nations indiennes. Cette ambiguïté, en fait, profite aussi bien aux Français qu'aux Anglais, mais l'intendant Dupuy n'a pas saisi les enjeux de cette logique et en bon juriste souhaite évacuer l'incertitude inhérente à cette question : « Si j'ose vous en dire mon sentiment, il faut sans différer prendre prétexte de ces conférences indiquées par l'article quinze du traité d'Utrecht et nouer les conférences pour arrêter leurs desseins et savoir avec eux à quoi s'en tenir. »<sup>134</sup>

L'impact de la diplomatie peut être toutefois relativisé, au regard du spectateur qui prend du recul. Pour Jean-Daniel Dumas, le jugement est radical :

« Les provinces intérieures sont rarement en danger, la force centrale les couvre, mais les colonies sont sans cesse en péril parce qu'elles ne sont garanties que par des traités malheureusement peu respectés aujourd'hui entre les nations. »<sup>135</sup>

<sup>133</sup> Jean-Claude DUBÉ, *Claude-Thomas Dupuy*, Montréal, Fides, 1969, p. 148.

<sup>134</sup> Lettre de Dupuy au ministre, AC, C11A, vol. 49, fol. 441v.

<sup>135</sup> J.-D. DUMAS, préc., note 44, chap. 20, p. 233.

C'est parfois à travers les causes judiciaires que des discours sur la norme se développent et, là encore, le droit est utilisé dans un dessein bien précis, celui cristallisé par l'une des parties. Cela est particulièrement patent au regard du statut des personnes et de la prise en compte des droits autochtones. Ce type de discours est bien connu et il convient simplement de l'évoquer ici, essentiellement sous le prisme des statuts personnels et de l'adaptation de la norme. La contestation de son statut juridique devient un enjeu crucial pour les populations. Il en est ainsi à propos du statut d'une esclave qui fait valoir devant la justice montréalaise qu'elle est libre car fille d'un homme libre<sup>136</sup>. Cette affaire oppose Marguerite Duplessis Radisson contre Marc-Antoine Huard de Dormicourt. Celle-ci conteste dans un premier temps sa condition d'esclave devant l'intendant<sup>137</sup> et se dit fille naturelle de feu Duplessis Faber, frère d'un capitaine d'une compagnie de troupe de marine, résidant à Montréal<sup>138</sup>. L'affaire est portée devant le Conseil supérieur. Marguerite indique que Dormicourt « s'étant imaginé sans raison que la suppliante était son esclave, la retient sans raison dans les fers »<sup>139</sup>, alors que celui-ci souhaite la vendre dans les Antilles<sup>140</sup>. Dormicourt, quant à lui, se plaint du « libertinage » de son

<sup>136</sup> Concernant le statut juridique des esclaves en Nouvelle-France, voir : David GILLES, « La norme esclavagiste, entre pratique coutumière et norme étatique : les esclaves panis et leur statut juridique au Canada (XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> s.) », (2009) 40-1 *Ottawa L. Rev.* 495.

<sup>137</sup> L'intendant, saisi de l'affaire, renvoie celle-ci devant les juges ordinaires, 17 octobre 1740, Montréal, Archives nationales du Québec, E1, S1, P3280, M5/7, ainsi que l'ordonnance préparatoire de l'intendant Hocquart entre Marguerite Radisson dite Duplessis, esclave panis, et Marc-Antoine Huart, chevalier Dormicourt, lieutenant des troupes du détachement de la marine, cahier 28, registre des commissions et ordonnances rendues par Monsieur Hocquart intendant de justice, police et finances en la Nouvelle France (12 janvier-15 décembre 1740), BANQM, fol. 83-83v.

<sup>138</sup> Procès opposant Marc-Antoine Huard de Dormicourt, à Marguerite Duplessis Radisson, se disant la fille naturelle de feu sieur Duplessis Faber (Lefebvre), résidant à Montréal, capitaine d'une compagnie dans les troupes de la Marine, qui conteste le fait qu'elle soit une esclave, et plus particulièrement celle du sieur Dormicourt, 1 octobre 1740 – 28 octobre 1740, BANQM, TL5, D1230, M67/29.

<sup>139</sup> Supplique à Monseigneur l'intendant de justice, de police et de finance dans toute la Nouvelle France, 1 octobre 1740, BANQM, TL5, D1230, M67/29.

<sup>140</sup> Le chevalier de Dormicourt entretenait de forts rapports avec les Antilles, notamment concernant l'esclavage. Cela explique la connaissance qu'il possède des règles juridiques relatives à l'esclavage aux Antilles sur le fondement du Code noir de 1685. Ainsi, il cède, par donation, une esclave mulâtresse âgée de 32 ans, dénommée Françoise, avec son enfant, à Ambroise Trouvé, substitut du procureur du roi et commissaire de police au Fort St Pierre-de-la-Martinique; Notaire C.H. Dulaurent, Québec, 23 août 1738, BANQM, TL5, D1230, M67/29.

esclave<sup>141</sup>. Il relève la qualité de panis et d'esclave de la mère de Marguerite, il estime que la reconnaissance par le père de sa fille esclave ne lui donnerait pas la liberté et revendique en l'espèce l'application aux amérindiens des règles relatives aux esclaves noirs selon le Code noir applicable aux Antilles :

« Cela ne lui donnerait pas la liberté, [comme] cela suit le cas pour les noirs, un enfant qui sort d'une mère esclave et qui a un père français est reconnu esclave, telle est la loi qu'on suit en l'espèce. La même loi doit subsister en ce pays, pour les sauvages esclaves il n'y a que le roi qui puisse se prononcer à ce sujet pour en faire défense. Si l'on faisait quelque changement de la sorte, ce serait bien du trouble et du désordre en ce pays. »<sup>142</sup>

Ce discours sur l'esclavage est relayé par les administrateurs coloniaux, qui s'interrogent sur l'intérêt d'asservir la population amérindienne dans son ensemble, malgré l'importance des alliances avec les nations indiennes pour la survie de la colonie. Si le Président du Conseil de Marine dans des courriers adressés à Beauharnois et Hocquart, considère que « les sauvages seraient devenus plus utiles si on les avait asservis peu à peu », il reconnaît lui-même que « la question est très difficile »<sup>143</sup>. M. de la Galissonnière soumet en 1747 des propositions qui sont soumises à de la Jonquière et Bigot. Lemoyne de Bienville avait déjà, en 1706 et 1708, proposé un système d'asservissement et d'exportation des amérindiens vers les Antilles<sup>144</sup>. Pour la Galissonnière, les « esclaves sauvages » qu'on conduit dans la colonie « après avoir été élevés chez les officiers et les habitants, prennent généralement le parti de les quitter à un certain âge et redeviennent Sauvages »<sup>145</sup>. Ces anciens esclaves, revenus à la liberté sont considérés d'autant plus dangereux « que, par les connaissances qu'ils ont acquises du pays, ils sont

<sup>141</sup> Il relève que « porter le nom de Duplessis ne prouve rien, il est ordinaire en ce pays de voir les esclaves porter le nom de leurs maîtres quoiqu'il n'y ait ni paternité ni filiation entre eux » et il ajoute que pour établir la filiation naturelle, il est nécessaire que le père ait reconnu l'enfant : « [...] il n'y a point de preuve à ce sujet parce qu'il n'y a personne qui se puisse dire témoin d'un tel fait. On ne peut prouver telle filiation que par l'aveu du père ou par l'extrait de Baptême ». Assignation du Sieur Dormicourt devant la prévôté de Québec, 4 octobre 1740, BANQM, TL5, D1230, M67/29.

<sup>142</sup> *Id.*

<sup>143</sup> Lettres envoyées par le président du conseil de marine à MM. de Beauharnois et Hocquart, 8 mai 1731, AC, MG1-B, vol. 55, fol. 519.

<sup>144</sup> Marcel TRUDEL avec la collab. de Micheline D'ALLAIRE, *Deux siècles d'esclavage au Québec*, Montréal, Hurtubise HMH, 2004, p. 62.

<sup>145</sup> Lettres envoyées par le président du conseil de marine à MM. de La Jonquière et Bigot, 4 mai 1749, AC, MG1-B, vol. 89, fol. 70.

plus à portée que les autres d'y faire des incursions». De plus, «l'usage où l'on est d'avoir de cette sorte d'esclaves, détourne les blancs de se faire domestiques». Il conviendrait alors «de régler qu'on ne pourrait en garder qui fussent au-dessus de 16 ou 17 ans, et de défendre de donner la liberté à aucun esclave de cette espèce». De plus, on préconise d'acheter auprès «des Sauvages des enfants à bon marché, lesquels, après avoir été instruits dans la religion, avoir appris à servir ou s'être même instruits de quelque métier, pourraient être vendus aux Iles d'Amérique»<sup>146</sup>. La réforme du droit peut donc prendre deux visages, l'un sombre et l'autre plus lumineux, visant à une meilleure administration de la justice.

#### 4. Une justice coloniale à réformer

Face au modèle juridique importé de la métropole, les administrateurs constatent tour à tour des adaptations à effectuer pour le bien de la justice coloniale en abandonnant les spécificités locales, ou au contraire en accentuant celles-ci. Le régime de la patrimonialité des offices ayant été rejeté pour l'administration de la justice dans la colonie, le conseiller du Conseil supérieur Ruelle d'Auteuil se plaint amèrement de la modicité du traitement de ses homologues, plaidant pour une revalorisation de leurs gages :

«Ils sont si modiques qu'il en rejaillit une espèce de mépris pour les charges dont nous avons l'honneur d'être revêtus. La difficulté de nous rendre au Palais dans les neiges, les voitures qu'il nous faut pour cela, et les autres dépenses que nous sommes obligés de faire les absorbent entièrement... Il n'y a point d'officier si petit qu'il soit qui n'ait plus que nous.»<sup>147</sup>

Les membres de celui-ci, majoritairement canadiens, souffrent de la comparaison de leur situation avec celle de leurs homologues métropolitains. L'intendant Hocquart prend ainsi fait et cause pour une amélioration de leur traitement<sup>148</sup>. C'est à la probité et à l'équité des juges de

<sup>146</sup> *Id.*

<sup>147</sup> Cité par Guy FRÉGAULT, «Politique et politiciens au début du XVIII<sup>e</sup> siècle», dans *Écrits du Canada français XI*, Montréal, Écrits du Canada français, 1961, p. 131.

<sup>148</sup> «Dans un pays aussi peu opulent que celui-ci, la plupart des personnes qui l'habitent ont besoin de l'industrie la plus ménagée pour vivre, les places dont le travail et l'application font tout le fruit ne tentent personne et ne peuvent donner l'ambition, celles de Conseiller est de cette nature, et nous croyons qu'il est indispensable que sa Majesté se détermine à gager ceux qui en seront pourvus»: Lettre de Beauharnois et Hocquart au ministre, 14 octobre 1733, AC, C11A, vol. 59, fol. 169.

l'Amirauté que le procureur général Collet s'attaque en 1712<sup>149</sup>, ayant peur que les juges cherchent à étendre leur *juris dictio* de manière à étoffer leurs émoluments. C'est parfois leurs propres conceptions de leurs fonctions que les administrateurs doivent analyser – avantageusement – à l'aune de l'exercice de la justice coloniale. Ainsi, l'intendant Dupuy justifie son activité tout en décrivant les connaissances des conseillers en évoquant le rôle qu'il joue au sein du Conseil souverain :

« Je n'ai eu, ainsi que chacun de ceux qui le composent, que ma voix dans les arrêts, c'est peut-être la première fois qu'on a imputé au président les jugements d'une compagnie entière. [...] Si j'ai joint des principes et des maximes aux arrêts qui ont été rendus, je l'ai fait pour l'acquis de mon devoir puisque, dans une colonie aussi formée et d'un peuple aussi nombreux que l'est celui du Canada, auquel il est nécessaire tous les jours de rendre la justice et où il est question de juger les points de droit et de coutume les plus difficiles, on n'y envoie un intendant de justice que pour aider ceux qui ne sont pas moins en état de juger sur chaque espèce qui se présente au tribunal lorsque quelqu'un leur met devant les yeux, avec fidélité et avec exactitude les principes et les maximes de chaque matière qui se présente à juger. »<sup>150</sup>

<sup>149</sup> Lettre de Collet au ministre, 8 novembre 1712, AC, MG1-C11A, bobine n° F-33, vol. 33, fol. 194-197, au fol. 196. Collet évoque ici une affaire de naufrage de l'île aux Œufs, qui a donné lieu à une contestation par Monseignat de la sentence de l'amirauté et à un jugement du Conseil supérieur consécutif. Il oppose les intérêts des fermiers généraux du Domaine d'Occident, « représentés par Monseignat qui réclament les droits en vertu de l'article 382 de leur bail, tandis que Duplessis, receveur de l'amirauté, les revendiquait pour le roi en vertu de l'ordonnance royale du mois d'août 1681 ». Voir : Peter N. MOOGK, « Charles de Monseignat », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 2, Toronto et Québec, University of Toronto Press et Publications de l'Université Laval, 1969, p. 504. Collet relève des irrégularités commises dans « la sentence préparatoire des juges de l'Amirauté » et insiste sur les formalités à observer avant l'enregistrement des deux jugements de l'amiral en question. Il constate que ces jugements « portent atteinte à la juridiction de l'Amirauté de Québec » et à celle du Conseil supérieur et il avertit les juges de l'amirauté de Québec « d'être plus circonspects à l'avenir dans leurs procédures sur les prises », ces derniers ayant eu tort de « s'attribuer la vente de la barque anglaise la Marguerite » qui avait été prise par des Indiens : « J'ai aussi averti ces juges d'être plus circonspects à l'avenir dans leurs procédures sur les prises et de prendre garde qu'on ne puisse les taxer d'agir par des motifs d'intérêts pour se procurer des émoluments, que cela était indigne du caractère des juges, et que cependant, ils ont donné lieu de croire qu'ils ont eu ces vues quand ils ont persisté en 1710 à s'attribuer la Marguerite et des marchandises de la cargaison [...] ».

<sup>150</sup> « Mémoire de l'intendant Dupuy au ministre, 1729 », préc., note 130, p. 103.

Les luttes de pouvoir entachent ainsi largement, dans la colonie comme en métropole, les relations au sein du système judiciaire. Les principes d'une saine justice sont toutefois affirmés comme étant fondamentaux, notamment dans le contexte défensif d'une colonie. Jean-Daniel Dumas affirme ainsi que « les magistrats, les juges, ont des fonctions d'ordre et de paix, dont l'utilité et la nécessité augmentent dans cet état tumultueux où la société se trouve en temps de guerre qui est si voisin de la licence »<sup>151</sup>. Le rôle du juge est ainsi particulièrement fondamental et doit échapper à la brigue et à l'influence de l'administration<sup>152</sup>. Toujours concernant le Conseil souverain, Dumas propose de réformer le rôle et la fonction du gouverneur et de l'intendant en son sein, diminuant considérablement leurs rôles<sup>153</sup>.

Plutôt que d'entreprendre des réformes, certains conseillers se rangent du côté de leur supérieur hiérarchique lorsqu'il est temps de choisir leur camp, justifiant alors prudemment leur conduite auprès du ministre, comme c'est le cas du prévôt de la Maréchaussée Denys de Saint-Simon, confronté aux ordres divergents du gouverneur et de l'intendant et cherchant refuge dans la sécurité juridique<sup>154</sup>. Les propositions de réforme ne

<sup>151</sup> J.-D. DUMAS, préc., note 44, chap. 14, p. 210.

<sup>152</sup> « La puissance de juger est assez imposante par elle-même pour ne pas dire redoutable, dans l'état de société : éloignons des jugements la trop grande influence des hommes constitués en autorité et en dignité, surtout à cette distance immense où les objets s'écartent presque toujours de leur véritable point de vue » : *id.*, p. 259 et 260.

<sup>153</sup> « Le gouverneur général d'une colonie qui a l'honneur d'y représenter la personne du Roi, ne devrait prendre séance au Conseil supérieur, à la place d'honneur que la loi lui assigne, que dans les occasions de nécessité où sa Majesté, elle-même, fait porter ses ordres suprêmes à ses cours supérieures par ses représentants dans les provinces de l'intérieur. L'intendant y assisterait alors comme commissaire du Roi selon la forme établie dans le royaume » : *id.*, p. 260.

<sup>154</sup> « Comme j'ai été impliqué dans l'affaire du chapitre d'une manière nécessaire, je supplie très humblement votre grandeur de faire attention que je ne suis point juge des arrêts du conseil, des ordonnances de M. l'intendant, ni des actions et des ordres de M. le gouverneur général et que, les voyant en contradiction, j'ai cru en qualité de prévôt de ne devoir point prendre d'autre parti que celui de régler ma conduite par les ordonnances du Roi que M. Dupuy, alors intendant, avait à la main en me donnant le choix d'obéir aux ordonnances de S.M. qui enjoint au prévôt de prêter main forte à toutes les ordonnances de justice et j'espère de votre Grandeur qu'elle me fera la grâce quand même je me serais trompé de me traiter comme un bon fils et fidèle sujet du roi qui n'a jamais eu d'autre intention que celle de faire son devoir » : Lettre de Charles Paul Denys de Saint-Simon, grand prévôt de la Maréchaussée, au ministre, 19 octobre 1728, AC, C11A, vol. 50, fol. 345-346.

passent parfois plus par une évocation discursive mais par des propositions directes. Dumas est ainsi vent debout contre la présidence du Conseil souverain par l'intendant, qui constitue selon lui un abus important<sup>155</sup>, dont les défauts apparaissent particulièrement dans les colonies<sup>156</sup>. La proposition de réforme est alors de taille : il s'agit d'instituer un président du Conseil supérieur :

« Les conseils supérieurs auront un président. Ils n'acquerront point par là un degré d'indépendance qui puisse tourner à mal, puisque la surveillance générale, en devenant moins suspecte de partialité, sera aussi plus tempérée et plus sûre. »<sup>157</sup>

Malgré la volonté de rassurer le pouvoir royal, on conçoit bien les risques politiques que constituerait une telle innovation dans les cours supérieures des colonies, le pouvoir royal ne pouvant être favorable à une telle institution, malgré l'absence de vénalité des offices dans les colonies. Globalement, le discours sur la norme se veut pragmatique. Malgré la qualité et la formation de certains administrateurs, on découvre peu d'échos aux enjeux théoriques du droit. Les débats autour du droit naturel ou des lois naturelles ne trouvent pas ou peu de place dans les propos des juristes du Canada. Soulignons exceptionnellement l'évocation par Jean-Daniel Dumas, d'une sorte de loi naturelle de l'autodéfense, qui fonderait l'institution de la milice dans le cadre colonial, constituant « cette même loi que la nature a dictée à tous les êtres sensibles »<sup>158</sup>. Il parle aussi des règles du droit des gens et de la loi naturelle donnant aux terres adjacentes le droit de pêche<sup>159</sup>. Il ajoute plus loin une appréciation définitive du droit positif à l'échelle coloniale : « La nature commande impérieusement à tous de se

<sup>155</sup> « La présidence des conseils supérieurs attribuée aux intendants est une seconde disposition que les mêmes vices ont rendue dangereuse dans l'ordre public par ses conséquences et trop souvent par ses effets » : J.-D. DUMAS, préc., note 44, chap. 14, p. 261.

<sup>156</sup> « Cette réunion de deux places de confiance dont les fonctions ont assez peu d'analogie pour être souvent en opposition, n'est sans doute pas sujette aux mêmes conséquences dans les provinces du royaume, puisqu'elle existe dans plusieurs. Mais j'ai quelque expérience en fait de colonie et je ne crains pas d'affirmer que la bonne administration de la justice dans ces établissements exige que ces deux places soient séparées » : *id.*, p. 261.

<sup>157</sup> *Id.*, p. 262.

<sup>158</sup> *Id.*, chap. 14, p. 209.

<sup>159</sup> « Je l'ai déjà dit : la pêche en général, que le droit des gens accorde à toutes les nations, le droit de la nature ne l'a donnée qu'aux terres adjacentes : nous n'étions réellement que co-propriétaires du banc de Terre Neuve que par la possession du golfe St Laurent.



défendre : la loi positive fait des divisions »<sup>160</sup>. Toutefois, si la suprématie de la loi naturelle sur la loi humaine semble marquer l'esprit de Jean-Daniel Dumas, la volonté de réformer la colonie, la justice ou l'économie par le droit trouve sa place dans les lignes de la correspondance officielle, sous la forme d'un discours prônant une certaine modernité juridique.

## B. Discours sur la quête de réforme et d'une modernité juridique

En 1704, c'est Georges Regnard Duplessis<sup>161</sup>, receveur de l'Amirauté, trésorier de la marine et agent de la compagnie de la colonie qui rédige un mémoire relatif à différents moyens pour « contribuer au bien et à l'avantage des intérêts du roi et de ses sujets au pays de la Nouvelle-France ». Face à la déconfiture de la compagnie, le receveur souhaite « réunir les esprits » pour y relancer le commerce par la création d'un nouveau conseil dans la colonie<sup>162</sup>. Une première chambre réunirait le gouverneur, l'intendant, l'évêque, les gouverneurs particuliers et les lieutenants du roi. Par des réunions hebdomadaires, cette assemblée adopterait les règles de politique générale de la colonie. Une seconde chambre réunirait seize membres, nommés d'office parmi les « plus notables des différents états de ce pays »<sup>163</sup>. Ce sont des choix de politiques générales qui se trouvent parfois

---

La nation qui ne jouit qu'en vertu de traités qui ne sont pas une conséquence de ces principes n'obtient que des jouissances que des jouissances précaires » : *id.*, p. 283.

<sup>160</sup> *Id.*, p. 210.

<sup>161</sup> Receveur de l'amirauté, trésorier de la marine, agent général et particulier de la Compagnie de la Colonie, Georges Regnard Duplessis sera relativement actif dans la correspondance avec la métropole. Nive VOISINE, « Georges Regnard Duplessis », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. II, Toronto et Québec, University of Toronto Press et Presses de l'Université de Laval, 1967, p. 585.

<sup>162</sup> Georges HARDY, *Histoire sociale de la colonisation française*, Paris, Larose, 1953, p. 17.

<sup>163</sup> Mémoire de Regnard Duplessis pour servir au rétablissement des affaires du commerce de la Nouvelle-France, 8 novembre 1704, AC, C11A, vol. 22, fol. 145-154v. Des comités seraient alors créés en son sein afin de régler les questions particulières, telles que l'état ecclésiastique, les missions amérindiennes, les troupes militaires, la noblesse et les seigneurs, la bourgeoisie et les marchands, les artisans et les habitants et enfin l'exécutif. Ce dernier comité, où Renard Duplessis se réserve une place, aurait pour fonction de « prendre soin de ce qui aura été réglé et arrêté par la première chambre ». Les habitants, quant à eux, auraient la possibilité, lorsqu'ils auraient « quelques propositions à faire pour le bien public » de présenter celles-ci dans ces assemblées hebdomadaires. *Id.*, fol. 150.

remis en cause ou analysés par les scrutateurs de la politique coloniale. Il en est ainsi du choix d'une politique esclavagiste, qui rencontre, bien évidemment deux discours diamétralement opposés. Jean-Daniel Dumas s'y oppose, non pas pour des considérations humanitaires, mais en raison de l'affaiblissement de la colonie qu'induit ce type de sociétés :

« Dans les colonies où l'agriculture est livrée aux mains des esclaves, le nombre des propriétaires, de leurs régisseurs et employés, est hors de toute proportion avec le nombre des individus attachés au sol, qui constituent essentiellement la propriété. Ces colonies sont nécessairement plus faibles contre l'ennemi du dehors, par ce que la nature de ces propriétaires exclut la population nationale. »<sup>164</sup>

À l'autre extrémité du spectre, un asservissement général des populations autochtones est envisagé comme nous l'avons évoqué précédemment. La principale objection à ce projet est, selon Versailles, l'effet que cette expatriation « produirait sur les nations de la colonie ». C'est donc une question de politique générale vis-à-vis des nations amérindiennes qui constitue le principal obstacle à ce plan d'asservissement. Généralement, les administrateurs, lorsqu'ils proposent des réformes au pouvoir royal, entendent agir pour le bien de l'administration de la colonie et en fidèles représentants des aspirations de la communauté coloniale, même s'ils ne partagent pas toujours *de facto* les vues des habitants ou du négoce<sup>165</sup>. L'intendant Raudot et le gouverneur Vaudreuil<sup>166</sup> proposent, en 1705, une réforme des assemblées générales du Domaine d'Occident, ins-

<sup>164</sup> J.-D. DUMAS, préc., note 44, chap. 12, p. 201.

<sup>165</sup> Pierre Trottier Desauniers, syndic des négociants de Québec, dénonce ainsi en 1741 le commerce des marchands des côtes, domestiques et faux-sauniers qui « ruine celui des négociants des villes, dépouille les habitants de la campagne de leurs biens et les incite à négliger la culture de leurs terres ». Il prie également « qu'on rétablisse les gratifications pour ceux qui font construire des bâtiments de mer dans la colonie ». Beauharnois et Hocquart répondent alors que « peu de domestiques et de faux-sauniers courent les côtes avec des marchandises », que « la plupart de ceux qui tiennent des magasins dans les côtes sont des particuliers qui ont eux-mêmes des terres et des établissements considérables », que le « commerce dans les côtes permet aux habitants d'écouler leurs produits et de se procurer leurs besoins beaucoup plus facilement que s'ils devaient aller fréquemment à la ville ». Mémoire de Pierre Trottier Desauniers, syndic des négociants de Québec, 8 septembre 1741, AC, C11A, vol. 75, fol. 7-13v sur microfilm.

<sup>166</sup> Sur Vaudreuil et son activité dans la colonie, voir : Yves F. ZOLTANY, *Philippe de Rigaud de Vaudreuil, Governor of New France, 1703-1725*, Toronto, Mc Clelland and Stewart, 1974.

titution chargée de l'affermage des taxes coloniales – qui souffrent de leur mauvaise organisation, laissant trop de place à ceux qui « n'entendent en nulle façon le commerce »<sup>167</sup>. Ils conseillent même, en 1706, le ministre sur la manière d'organiser celles-ci<sup>168</sup>.

En proposant ce type d'assemblée au ministre, les administrateurs sont animés à la fois par le souci des équilibres institutionnels et des susceptibilités locales, mais également par la conservation de la maîtrise, dans leurs mains, de l'ordre du jour de l'assemblée :

« Cette assemblée décidera des choses qu'on leur proposera. Il sera choisi une personne capable de leur rapporter la chose qui sera mise en délibération et qui donnera son avis. Les voix seront reçues par les sieurs Raudot qui aussi bien que le Sieur Vaudreuil donneront leurs avis. Les derniers et le rapporteur dresseront la délibération qui sera signée de lui, des Sieurs de Vaudreuil et Raudot et de cinq des assistants, [à] savoir deux de Québec, deux de Montréal et un des Trois-Rivières. »<sup>169</sup>

Ces propos ne sont donc pas le simple reflet d'une volonté pragmatique de réforme, mais également l'expression de désir personnel, de volonté de promotion sociale ou de préservation de ses pouvoirs. Parfois, c'est le simple discours critique qui est évoqué, laissant le choix des réformes au ministre et à la métropole. Ainsi, le gouverneur général de la Nouvelle-France écrit au ministre, le 8 mars 1728 :

« Jamais le Canada n'a été si mal en chefs de justice que dans les personnes de M. Dupuy et des Srs André et Raimbault. Vous n'en entendez que trop parler. Je prends la liberté, Mgr, de vous assurer que ces articles méritent toute votre attention. »<sup>170</sup>

---

<sup>167</sup> « Ces assemblées sont de beaucoup de monde et composées de beaucoup de gens qui n'entendent en nulle façon le commerce » : « Lettre de Vaudreuil et Raudot au ministre, 3 novembre 1706 », dans R.A.P.Q. [Cédérom], t. 19, Montréal, 1920-1975, p. 154.

<sup>168</sup> « Si vous voulez faire à l'avenir de ces sortes d'assemblées qui regardent le commerce, il ne faudra prendre que les marchands de Québec, Montréal et des Trois-Rivières qui se trouvent ordinairement à Québec à l'arrivée du vaisseau du roi. Si ce sont choses qui regardent la colonie en général, faire une assemblée de tous les habitants de cette colonie qui seront à Québec. Cette assemblée comprendra les trois villes de Canada, car une grande partie de ceux de Montréal et des Trois-Rivières s'y rendent dans le temps que le vaisseau du roi y est » : Lettre de Vaudreuil et Raudot au Ministre, 3 novembre 1706, AC, C11A, vol. 24, fol. 20-63.

<sup>169</sup> *Id.*

<sup>170</sup> Lettre du gouverneur au ministre, 8 mars 1728, AC, C11A, vol. 50, fol. 199v.

La critique se veut toutefois habituellement davantage constructive, et repose sur une véritable volonté de pallier une situation, accompagnant parfois la volonté royale. Ainsi un arrêt du roi de 1717 ayant prévu des mesures réformant et organisant le statut des notaires, le lieutenant général de la Prévôté de Québec constate, à la lecture des greffes, la nécessité de poursuivre la réforme :

« Toutes les études, à l'exception d'une ou deux, se sont trouvées ici dans un si grand désordre, tout y étant en feuilles volantes, sans suite et sans registres, que les juges, sur l'exactitude et l'attention desquels roulait tout le travail, y ont employé un temps considérable. »<sup>171</sup>

Lorsque les administrateurs se trouvent moins impliqués dans l'administration quotidienne de la colonie, certains vont même adopter un discours sur la modernité visant la promotion des garanties modernes de l'État de droit et notamment de la séparation des pouvoirs. J.-D. Dumas montre ainsi dans le chapitre xxv de son *Traité de la défense et de la conservation des colonies* que Montesquieu et les Lumières trouvent à s'appliquer dans les colonies :

« Des citoyens timides et souvent affectés de l'extrême éloignement où ils sont du recours au trône et que la puissance de juger en Souverain effraye quelquefois seront rassurés quand les hommes chargés de la surveillance universelle ne participeront pas eux-mêmes aux jugements. »<sup>172</sup>

Il souhaite ainsi voir exclus les représentants du pouvoir administratif, soit le gouverneur et l'intendant, des délibérations des Conseils supérieurs<sup>173</sup>. Il considère que le pouvoir royal se doit de limiter les pouvoirs des administrateurs pour qu'ils n'en abusent pas, le monarque se conservant le « droit inaliénable et imprescriptible d'en surveiller l'exercice »<sup>174</sup>. J.-D. Dumas développe dans ce texte une large réflexion sur la nature et la logique qui doit gouverner la législation coloniale. Il plaide pour une détermination stricte des pouvoirs des administrateurs par la loi, suffisamment rigide pour limiter les risques d'abus de pouvoir, mais nécessairement souple afin de permettre une adaptation aux circonstances et aux

<sup>171</sup> AC, C11A, vol. 49, fol. 440v.

<sup>172</sup> J.-D. DUMAS, préc., note 44, p. 95.

<sup>173</sup> « Celles [les lois] qui donnent entrée et voix délibérative aux gouverneurs généraux et intendants dans les conseils supérieurs pèchent essentiellement en cela contre les principes de tout bon gouvernement » : *id.*, p. 259.

<sup>174</sup> *Id.*, chap. 25, p. 257.

différents titulaires de ces fonctions<sup>175</sup>. Concernant le pouvoir législatif colonial, il se réfère même à Beccaria et à son *Traité des délits et des peines*, souhaitant une délégation de pouvoir encadrée dans les mains du gouverneur et de l'intendant<sup>176</sup>. Dumas souligne que, si le duumvirat constitué par l'intendant et le gouverneur ne conduit pas à d'importants abus dans l'administration de la justice en métropole – sous le regard vigilant de Versailles – il n'en est pas de même dans le contexte colonial<sup>177</sup>. S'il se félicite de la mainmise conjointe des gouverneurs et intendants sur l'ordonnement de la voirie, «sur la concession des terres, sur le saignement des rivières et la distribution des eaux», il regrette la perte de leur compétence pour juger rapidement de ces questions: «Autrefois les gouverneurs généraux et intendants connaissaient seuls des contestations particulières qui pouvaient naître entre les habitants relativement à ces différents objets de police générale.»<sup>178</sup>

Le pouvoir n'est d'ailleurs pas totalement sourd aux demandes de rationalisation de l'administration. Ainsi, le roi approuvant la nomination faite de Regnard Duplessis<sup>179</sup> lors d'une assemblée de la compagnie, prescrit que «ces sortes de nominations se doivent toujours faire à la pluralité des voix dans une assemblée publique et libre»<sup>180</sup>. L'impact de la représentation sur la saine administration des affaires commerciales constitue conjoncturellement un point d'accord entre les administrateurs et le

<sup>175</sup> Ces administrateurs «sont plus ou moins parfaits selon que les différents pouvoirs sont bien ou mal énoncés par la loi, selon qu'elle a posé les limites à leurs véritables termes, selon qu'elle a pourvu à l'entière liberté de leur exercice, enfin, selon qu'elle a bien ou mal caractérisé l'indépendance nécessaire de leur action respective, la vie du corps politique consiste, comme celle des corps physiques dans un mouvement déterminé dont l'altération donne la maladie et dont la cessation porte la mort»: J.-D. DUMAS, préc., note 44, chap. 25, p. 258.

<sup>176</sup> *Id.*, p. 257.

<sup>177</sup> «Les différentes portes de l'administration dans l'intérieur du royaume ne peuvent pas être sujettes aux mêmes inconvénients que dans ces contrées éloignées, où l'amour-propre, la vanité et d'autres passions plus dangereuses assiègent les hommes constitués en autorité»: *id.*, p. 261.

<sup>178</sup> *Id.*, p. 263.

<sup>179</sup> Les administrateurs rapportent que «MM. de Lotbinière et Duplessis n'ont pas été nommés d'autorité agents de la compagnie, mais en assemblée, sur proposition». MM. de Vaudreuil et Raudot au ministre, novembre 1706AC, C11A, MFILM F-418, vol. 3, fol. 54v.

<sup>180</sup> «Le roi à Vaudreuil et Raudot, 30 juin 1707,», dans R.A.P.Q., t. 19, Québec, Imprimeur du Roi, 1920-1975, p. 361.

pouvoir métropolitain. C'est encore J. D. Dumas qui souligne la quête de la cohérence normative en relevant que la bonne ou mauvaise constitution des institutions coloniales « dépend de l'harmonie ou de la non-concordance de ces lois diverses »<sup>181</sup> :

« Toute la législation des colonies est ainsi litigieuse, incertaine, captieuse. L'homme de mauvaise intention trouve partout ce qui pourrait autoriser ses déportements, et l'administrateur fidèle est trop souvent arrêté par la crainte d'outrepasser ses pouvoirs [...] les choses restent alors in statu quo, c'est-à-dire dans une sorte de contradiction habituelle, générale ou particulière, qui varie selon les affections, les haines ou les intérêts personnels. »<sup>182</sup>

Il souligne largement les contradictions entre les différentes dispositions législatives qui, s'ajoutant aux intérêts privés qui sévissent dans le contexte colonial, conduisent à une grande confusion et à une dénatura-tion du système juridique : « En fait de ces contradictions partout renaissantes, que n'aurions-nous pas à dire sur les lois prohibitives dans nos colonies, toujours maintenues et violées sans cesse par une tolérance nécessaire ? »<sup>183</sup>

L'espoir que les administrateurs mettent dans leurs diverses réformes sont lourds des sombres expectatives que la perte des premières colonies laissent augurer. L'alternative ne semble pas exister, et pour ce qui concerne le Canada, on peut souligner que si la défaite militaire et l'abandon par la métropole ont été les facteurs prédominants, la gabegie administrative aura aussi sa part, à travers la douloureuse « affaire du Canada »<sup>184</sup>. Il affirme un triptyque de bonne gouvernance : une bonne législation, une surveillance toujours active et de relais humains<sup>185</sup>. L'avertissement de J. D. Dumas sonne alors comme une épitaphe à l'expérience française en Nouvelle-France : « Si ces principes ne sont pas suivis dans nos colonies, comme ils doivent l'être par toute la terre, celles qui nous restent, défendues par les plus braves gens du monde, auront le sort de celles que nous n'avons plus »<sup>186</sup>. Il semble ainsi annoncer la chute de la Nouvelle-France,

<sup>181</sup> J.-D. DUMAS, préc., note 44, chap. 25, p. 258.

<sup>182</sup> *Id.*

<sup>183</sup> *Id.*

<sup>184</sup> Voir : Guy FRÉGAULT, *François Bigot. Administrateur français*, Guérin, Éditions Fac-similé, 1994, p. 341-388.

<sup>185</sup> J.-D. DUMAS, préc., note 44, p. 283.

<sup>186</sup> *Id.*, chap. 25, p. 262.

et l'apparition d'un discours qui jusqu'alors n'était pas prédominant sous les plumes des administrateurs, celui de l'identité juridique et une forme doctrinale qui apparaît à l'occasion de s'exprimer.

### III. Le discours sur l'héritage juridique français

À travers la *Proclamation royale de 1763*<sup>187</sup> la volonté affichée de Londres est d'assimiler la colonie, même si sur le terrain, de profonds aménagements atténuent cette réalité<sup>188</sup>. Durant une dizaine d'années, les discours sur le droit se multiplient soit pour décrier l'absence d'application uniforme de la common law, soit pour revendiquer le retour des normes d'origine française. Ces revendications, se détachant parfois de la réalité de la pratique ou exprimant certaines idéologies – identitaires ou assimilationnistes – participent à la genèse du système hybride de l'Acte de Québec. Du côté des élites et des juristes, on s'oppose, même au sein des administrateurs britanniques, sur les normes à appliquer. Londres se montre sensible à la question et initie plusieurs rapports et enquêtes permettant d'affiner la perspective<sup>189</sup>. Une adéquation est apparue entre le peuplement de la colonie, ses normes et une langue juridique<sup>190</sup>:

<sup>187</sup> « Proclamation royale », dans Adam SHORTT et Arthur DOUGHTY, *Documents concernant l'histoire constitutionnelle du Canada (1759-1791)*, Ottawa, Imprimeur du Roi, 1911, p. 136.

<sup>188</sup> En matière civile, le gouverneur et ses conseillers créent deux tribunaux qui sont également compétents lorsque le montant en litige excède dix livres, qui pour l'un, la Cour du banc du roi, statue sur la base de la *common law* et l'autre, la Cour des plaids communs – sous prétexte de statuer en équité – sur la base des anciennes françaises. Dans ce cadre, le choix de la base normative revenait alors au demandeur par la saisine qu'il faisait de la juridiction; « Ordonnance du 17 septembre 1764 établissant des cours civiles », dans A. SHORTT et A. DOUGHTY, *id.*, p. 180.

<sup>189</sup> Voir: Michel MORIN, « Quand Toronto faisait partie de la Province de Québec: les débats entourant la common law et les institutions britanniques de 1774 à 1791 », communication présentée au 29<sup>e</sup> Congrès annuel de l'Association des juristes d'expression française de l'Ontario, tenu à Québec le vendredi 15 août 2008, en ligne: <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/bitstream/1866/2533/1/Quand%20Toronto.pdf>> (site consulté le 23 juin 2009).

<sup>190</sup> Voir, à titre d'exemple: « Pétition des habitants français au roi au sujet de l'administration de la justice », dans Adam SHORTT et Arthur DOUGHTY, *Documents concernant l'histoire constitutionnelle du Canada (1759-1791)*, 2<sup>e</sup> éd., Ottawa, Imprimeur du Roi, 1921, p. 195.

«Que deviendrait la Justice si ceux qui n'entendent point notre Langue, ni nos Coutumes, en devenaient les juges par le ministère des Interprètes? Quelle confusion? Quels frais mercenaires n'en résulteraient-ils point? De sujets protégés par Votre Majesté, nous deviendrons de véritables esclaves [...]. Ce n'est point que nous ne soyons prêts de nous soumettre avec la plus respectueuse obéissance à tous les règlements qui seront fait pour le bien et avantage de la Colonie; mais la grâce que nous demandons, c'est que nous puissions les entendre.»<sup>191</sup>

Une identité juridique et normative s'est lentement affirmée durant le régime français. Tout naturellement, la population, les administrateurs, les juristes sont amenés à comparer les qualités du droit, essentiellement du droit privé, ce qui donne naissance aux premières tentatives du droit comparé dans la colonie. Dans le même temps, une doctrine juridique apparaît timidement, visant à permettre la meilleure transmission d'un héritage juridique spécifique. Prenant pour la première fois la forme d'une œuvre doctrinale (A) les travaux de Cugnet vont permettre de poser une certaine réalité du droit appliqué dans la colonie avant la conquête (B).

## A. Une œuvre doctrinale singulière

Comme le souligne Sylvio Normand, le régime français n'avait pas favorisé l'émergence d'une littérature juridique canadienne, le droit applicable dans la colonie n'étant pas publié avec les commentaires descriptifs des juristes locaux<sup>192</sup>. Il faut rechercher les prises de position et les opinions des juristes dans les jugements et la correspondance générale en l'absence d'une doctrine juridique constituée. L'arrivée des Britanniques met fin à cette disette de deux manières: d'une part, les autorités permettent l'installation d'un premier imprimeur à Québec, ce qui constitue une réponse matérielle au développement de la littérature juridique<sup>193</sup> et, d'autre part, elles favorisent la publication par François-Joseph Cugnet d'une série de traités qui visent à décrire le droit civil tel qu'appliqué jusqu'alors dans la colonie.

<sup>191</sup> *Id.*, p. 197.

<sup>192</sup> Sylvio NORMAND, «L'imprimé juridique au Québec», dans Yvan LAMONDE et Fiona BLACK (dir.), *Histoire du livre et de l'imprimé au Canada*, vol. II «1840-1918», Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2005, p. 436.

<sup>193</sup> Sylvio NORMAND, «François-Joseph Cugnet et la reconstitution du droit de la Nouvelle-France», dans *Cahiers aixois d'histoire des droits de l'Outre-Mer français*, préc., note 87, p. 127.



Les quatre traités de droit français rédigés par François-Joseph Cugnet en 1775 constituent donc les seuls ouvrages doctrinaux d'envergure attestant de la pratique du droit français avant la Conquête. Ce sont des œuvres d'un praticien pour des praticiens. Le caractère lacunaire de la doctrine ne permet malheureusement pas de se dégager du rapport que Cugnet avait personnellement avec le droit<sup>194</sup>. Mais à travers ses œuvres, son discours juridique se distingue à deux titres : il cristallise un état des lieux du droit tel qu'il dit avoir été pratiqué en Nouvelle-France d'une part et, par ses omissions et ses interprétations, il vise d'autre part une évolution de ce droit français à l'aune des contingences du droit britannique, et de la nouvelle puissance coloniale. C'est en effet à la demande du gouverneur Carleton que Cugnet rédigea tout d'abord un abrégé sommaire des usages anciens et des coutumes de la Province de Québec<sup>195</sup>. Ses travaux donnèrent naissance à quatre ouvrages principaux : les *Extraits des édits, déclarations, règlements, ordonnances*<sup>196</sup>, le *Traité abrégé des anciennes lois, coutumes et usages de la colonie du Canada*<sup>197</sup>, le *Traité de la loi des fiefs*<sup>198</sup> et enfin le *Traité de la police*<sup>199</sup>.

Issu d'une famille de robe parisienne, François-Joseph Cugnet fut naturellement orienté vers l'étude du droit<sup>200</sup>. Après avoir suivi les cours

<sup>194</sup> Voir : Pierre TOUSIGNANT et Marie DIONNE TOUSIGNANT, « Cugnet, F.-J. », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 4, préc., note 149, p. 197, à la page 197.

<sup>195</sup> Colonial office, AC, CO42, série Q5, cité par S. NORMAND, « François-Joseph Cugnet et la reconstitution du droit de la Nouvelle-France », dans *Cahiers aixois d'histoire des droits de l'Outre-Mer français*, préc., note 87, à la page 143, note 35.

<sup>196</sup> François-Joseph CUGNET, *Extraits des édits, déclarations, règlements, ordonnances, provisions et commissions des Gouverneurs généraux & Intendants, tirés des registres du Conseil Supérieur faisant partie de la législation en force dans la colonie du Canada, aujourd'hui Province de Québec*, Québec, G. Brown, 1775.

<sup>197</sup> François-Joseph CUGNET, *Traité abrégé des anciennes Lois, Coutumes et usages de la Colonie du Canada, aujourd'hui Province de Québec (...)*, Québec, G. Brown, 1775 (ci-après « *Traité abrégé* »).

<sup>198</sup> François-Joseph CUGNET, *Traité de la loi des fiefs qui a toujours été suivie en Canada depuis son établissement*, (...), Québec, G. Brown, 1775 (ci-après « *Traité des fiefs* »).

<sup>199</sup> François-Joseph CUGNET, *Traité de la police : qui a toujours été suivie en Canada, aujourd'hui Province de Québec*, (...), Québec, G. Brown, 1775 (ci-après « *Traité de la police* »).

<sup>200</sup> « François-Joseph aussi bien que ses trois frères et sa sœur purent se familiariser dès leur jeune âge avec cette profession. Trois d'entre eux d'ailleurs exercèrent des activités juridiques : François-Joseph, Thomas-Marie, qui devint membre du Conseil supérieur, et Gilles-Louis qui, quoique chanoine, poursuivi en France, où il s'était réfugié au lendemain de la capitulation de Québec, des études de droit jusqu'au niveau doctoral » :

de Louis-Guillaume Verrier de 1739 à 1741, sa candidature à une commission de conseiller au Conseil supérieur est refusée le 21 mai 1755<sup>201</sup>. Avec l'appui du lieutenant-gouverneur Guy Carleton et de Francis Maseres qui le juge « un gentilhomme canadien très ingénieux et habile [...] bien familier avec la Coutume de Paris »<sup>202</sup>, il obtient le poste de traducteur officiel et de secrétaire français du gouverneur et du conseil le 24 février 1768. La rigoureuse étude des travaux du juriste québécois par Silvio Normand a permis une meilleure connaissance de la logique qui sous-tend ses ouvrages<sup>203</sup>. Leur facture générale est une succession d'articles auxquels s'ajoutent les commentaires de l'auteur, largement inspirés de la doctrine métropolitaine, au premier rang de laquelle figure fort logiquement les travaux de Claude de Ferrières<sup>204</sup>.

## B. Transmettre « les lois propres du pays »<sup>205</sup> : caractériser une identité juridique

Cugnet tente de rendre compte de la réalité de la pratique coloniale en évoquant les évolutions normatives propres au Canada, à travers les arrêts du Conseil supérieur et les ordonnances des intendants. Il écrit vouloir mettre de l'avant « les lois propres du pays »<sup>206</sup>, soulignant les singularités

---

P. TOUSIGNANT et M. DIONNE TOUSIGNANT, préc., note 194, à la page 197. Voir également : Adélar GASCON, *L'œuvre de François-Joseph Cugnet : étude historique*, Ottawa, Université d'Ottawa, 1941; Roger HUBERDEAU, *François-Joseph Cugnet, jurisconsulte canadien. Essai historique, thèse de bio-bibliographie*, Montréal, Université de Montréal, 1947.

<sup>201</sup> Agissant comme écrivain auprès du Domaine d'Occident de 1755 à 1758, sa conduite à la fin du Régime français laisse planer des accusations de trahison. C'est l'avènement du Régime anglais qui le remet en selle. Il est nommé dès décembre 1759 par Murray comme « juge des paroisses de Charlesbourg, de Beauport et de Petite-Rivière ». Le 2 novembre 1760, il accède « au poste de procureur général de la côte nord du district de Québec, qu'il occupa pendant quelques années avant de se voir accorder, le 20 novembre 1765, la charge de grand voyer du district de Québec, fonction qu'il garda jusqu'en 1768 ». P. TOUSIGNANT et M. DIONNE TOUSIGNANT, préc., note 194, à la page 198.

<sup>202</sup> Cité par P. TOUSIGNANT et M. DIONNE TOUSIGNANT, *id.*, à la page 198.

<sup>203</sup> Voir, notamment : S. NORMAND, préc., note 193, aux pages 136 et suiv.

<sup>204</sup> « [...] puis viennent Brodeau, Le Brun, Duplessis, Lange, Couchot, Domat, Bacquet, Loiseau et Meslé » : S. NORMAND, préc., note 193, à la page 133.

<sup>205</sup> *Traité des fiefs*, préc., note 198, p. xi.

<sup>206</sup> *Id.*

du droit colonial<sup>207</sup> comme l'absence d'application de la garde-noble et de la garde bourgeoise. Toutefois, il se contente bien souvent de faire état du « droit positif », d'une réalité qui se trouve inscrite dans les ordonnances depuis l'institution du Conseil souverain et la pratique des intendants. Il ne s'agit pas de la véritable pratique du droit, même s'il se réfère largement aux décisions des intendants. Ses renvois – nombreux il est vrai – aux normes coloniales, notamment en matière de police, constituent davantage de simples références aux sources que des analyses de la pratique ou même des réflexions personnelles. Or, les évolutions et hésitations en la matière sont bien connues de nos jours et avaient donné lieu à une abondante correspondance entre les intendants et la métropole comme nous l'avons évoqué. Au regard des recherches rapides et lacunaires qu'il reconnaît lui-même avoir menées et du peu de jurisprudence coloniale, on ne peut s'étonner de ces « oublis ». Mais le lecteur doit garder à l'esprit qu'il ne peut s'agir d'un reflet exact de la pratique des juridictions canadiennes et des administrateurs, mais bien plutôt d'une exposition du droit positif de la colonie durant le Régime français.

S'il cherche donc à mettre en avant le droit colonial, on peut relever des décalages entre ce qu'écrit Cugnet et la réalité du droit de la Nouvelle-France. Ainsi, comme le relevait Louis Lavallée<sup>208</sup>, on ne peut qu'être dubitatif lorsque Cugnet écrit qu'aucun censitaire n'a le droit de chasser sans la permission du seigneur dans l'étendue du fief ni même dans sa propre

<sup>207</sup> Ainsi, le fait de qualifier le droit de banalité de moulin de droit réel et non pas de droit personnel est une singularité coloniale comme l'indique Silvio Normand; S. NORMAND, préc., note 193, à la page 133. Cugnet fonde cette idée de la manière suivante: « Le droit de banalité de moulin n'est regardé par cet article [34] que comme un droit personnel. En cette province, ce droit est réel et attaché inséparablement au fief, par un arrêt du conseil d'état du Roy du 4 juin 1686, qui ordonne à tous les seigneurs qui possèdent des fiefs en Canada, de faire construire des moulins banaux sur leurs seigneuries dans le temps d'une année après sa publication ; et qui permet, faute par eux de le faire, à tous les particuliers de quelques qualités et conditions qu'ils soient, de faire bâtir des moulins et qui leur en attribue en ce cas le droit de banalité. Cet arrêt, qui est dûment enregistré dans les registres des insinuations du conseil supérieur est pour cette province une loi qui donne de plein droit au seigneur le droit de banalité de moulin sur leurs tenanciers et censitaires, sans qu'ils aient besoin d'en faire mention dans les contrats de concession, qu'ils font à leurs censitaires. Cette loi a toujours été inviolablement gardée et observée en cette province ». *Traité des fiefs*, préc., note 198, chap. IX, art. 34, p. 37.

<sup>208</sup> Louis LAVALLÉE, *La Prairie en Nouvelle-France, 1647-1760: étude d'histoire sociale*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1992, p. 87.

terre, malgré les nombreux jugements des intendants allant dans ce sens<sup>209</sup>. Au regard des terres mises à dispositions, de terrains giboyeux et de la possession d'arme, il semble bien peu probable que les censitaires de Nouvelle-France demandaient effectivement une autorisation avant de pratiquer la chasse, la tolérance des seigneurs étant alors implicite.

La posture de Cugnet est d'ailleurs souvent sur la défensive, celui-ci défendant sa compétence en tant que juriconsulte et son impartialité en tant que seigneur lors de la rédaction de ses ouvrages<sup>210</sup>. C'est donc un traité relatif au droit colonial sous une forte influence métropolitaine qu'il rédige, même s'il disposait d'un «exemplaire d'une Coutume de Paris annoté par Verrier pour tenir compte du droit colonial»<sup>211</sup>, ce qui lui donnait la possibilité de rendre compte de la véritable pratique coloniale, en plus de l'accès aux registres du Conseil. Toutefois, le fait qu'il n'ait pas exercé de fonction judiciaire durant le Régime français explique peut-être le caractère parcellaire de la pratique du droit colonial<sup>212</sup> dont il rend compte<sup>213</sup>. La logique qui gouverne ces traités est bien exprimée dans la préface de son ouvrage sur la police. Il souhaite refléter le passé, transmettre un héritage juridique, démontrer sa pertinence juridique sans faire preuve d'exhaustivité<sup>214</sup> dans la recherche de la pratique réelle :

«J'ay cru qu'ayant rédigé mes deux traités de la loi des Fiefs, et des lois de propriété de cette province, je devais pour compléter mon ouvrage, et rendre en entier les lois municipales, en composer un troisième concernant la Police ; cette partie si nécessaire au maintien du bon ordre, étant totalement négligée. J'aurais pû faire ce dernier plus étendu. Il aurait fallu pour cela relire tous les

<sup>209</sup> Traité des fiefs, préc., note 198, chap. XI, art. 39, p. 51.

<sup>210</sup> S. NORMAND, préc., note 193, aux pages 134 et 135.

<sup>211</sup> *Id.*, à la page 134.

<sup>212</sup> À l'exception notable des droits de cens et rentes, où, en l'absence d'édit royal fixant les cens et rentes seigneuriales pour la colonie, Cugnet fait état des règles fixées par l'usage: «(...) les règles de concéder dans cette province sont, un sol de cens par chaque arpent de front, quarante sols par chaque arpent de front sur quarante de profondeur, en argent tournois, cours de France, un chapon gras par chaque arpent de front, ou vingt sols tournois, au choix et option du seigneur, ou un demi minot de bled froment pour chaque arpent sur leur profondeur de quarante, de rente foncière ou seigneuriale, y compris les autres droits seigneuriaux ; et ce en conséquence des titres de concessions que les intendants ont donnés ont donné au nom du roi, dans les terres concédées dans sa censive»; Traité des fiefs, préc., note 198, chap. X, art. 37, p. 44.

<sup>213</sup> Sur ce décalage, voir: Jean-Philippe GARNEAU, «Droit et «affaires de famille» sur la Côte de Beaupré: histoire d'une rencontre en amont et en aval de la Conquête britannique», (2000) 34 R.J.T. 515, cité par S. NORMAND, préc., note 193, à la page 140.

<sup>214</sup> La même idée se trouve dans la préface du Traité abrégé, préc., note 197, p. iii.

registres, et ils ne sont en la disposition que du greffier des Archives, qui n'en permet la lecture qu'à force d'argent. J'ose me flatter que mes amis recevront ce dernier ouvrage quoique succinct aussi favorablement que mes premiers, puisqu'il ne tend ainsi que les deux autres, qu'à faire connaître les lois, le bon ordre et l'harmonie qui régnaient en cette province dans le précédent gouvernement.»<sup>215</sup>

Il s'agit d'une œuvre marquée par un certain conservatisme, ou du moins une nostalgie doctrinale du droit passé et donc du droit français. Le juriste québécois déplore même à l'occasion la tournure que prend la jurisprudence sous le régime anglais, mais il est prêt à écarter le droit local s'il ne semble pas correspondre à ses vues. Faisant valoir que les chemins ont toujours été entretenus par les habitants, et que les seigneurs se devaient de faire entretenir les chemins royaux devant leurs domaines, il souligne que :

«Les anciens sujets mal intentionnés pour les Canadiens bien nés pourront me dire qu'il existe dans les registres une ordonnance de M. Raudot, en date du 13 juin 1709 qui comprend les terres non concédées dans l'étendue de leur domaine et qui les oblige à faire les dits chemins, sauf à eux d'en faire rembourser par leurs concessionnaires futurs, des juges l'ont déjà fait valoir et les pauvres canadiens qui n'en savent pas plus long, accoutumés à obéir, y ont souscrits. S'ils s'étaient consultés, on leur aurait dit, que cette ordonnance avait été rendue contre l'intention de la loi des fiefs, et que M. Raudot avait rendu une ordonnance injuste. *Omnis homo mendax*. Et que la clause de remboursement par les futurs concessionnaires était illusoire, et ne pouvait avoir son effet puisque par les Édits de sa Majesté T. C. il est expressément ordonné aux seigneurs de concéder seulement à cens et rentes sans exiger aucun argent pour raison de leurs terres. Cette ordonnance n'a jamais eu son effet. Elle ne pouvait l'avoir.»<sup>216</sup>

Le petit propriétaire terrien qu'est Cugnet est donc présent dans ces lignes<sup>217</sup>. Il souligne en permanence le droit local<sup>218</sup>, de manière parfois

<sup>215</sup> Traité de la police, préc., note 199, préface, p. iii.

<sup>216</sup> *Id.*, chap. I, art. 1, p. 7.

<sup>217</sup> Il en est ainsi du droit d'étalonnage ou de taureau banal qui selon le juriste n'a « point encore été introduit dans cette province depuis l'établissement de la colonie, par aucun seigneur. Il serait à souhaiter qu'il fût imposé. Les seigneurs seraient alors obligés d'avoir de bons étalons et de bons taureaux. Les chevaux et les bêtes à corne en seraient de meilleure espèce ». Traité des fiefs, préc., note 198, chap. XI, art. 39, p. 52 ; chap. IX, art. 34, p. 38.

<sup>218</sup> Dans le Traité des fiefs, il souligne ainsi qu'au regard du retrait féodal, « le retrait conventionnel a toujours été d'usage en cette province », citant un jugement de l'intendant Bégon du 15 juin 1714. Traité des fiefs, préc., note 198, chap. V, art. 15, p. 21.

maladroite, mais vraisemblablement sincère. Le rappel au droit français éclate particulièrement dans son *Traité sur la police*, l'absence d'équivalent normatif dans le droit britannique exacerbant visiblement l'inquiétude du juriste et sa volonté d'alléguer l'excellence des normes françaises et le poids de la tradition<sup>219</sup>. Au niveau de la forme<sup>220</sup>, elle est classique et souligne techniquement le droit colonial<sup>221</sup>. Il adopte même à l'occasion la forme archaïque de la doctrine française des XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, tel un Cardin le Bret ou Charondas Le Caron, souhaitant faire assaut de culture romaniste et de renvois aux textes bibliques. Cela est fait avec peu de bonheur, mais fort heureusement à de rares occasions<sup>222</sup>.

Fidèle à la nouvelle puissance britannique, il se félicite de l'Acte de Québec comme en témoigne son épître dédicatoire adressée au Gouverneur Carleton dans son *Traité de la loi des fiefs*. Selon lui, l'Acte de Québec : « [...] nous assure la libre et entière possession de nos biens, nos anciennes lois et usages, le libre exercice de la religion de nos pères, l'agrandissement de la Province et la jouissance de tous nos droits de citoyens et sujets. »<sup>223</sup> Dans cet ouvrage, il a l'occasion à de nombreuses reprises d'évoquer les règles juridiques continentales qui n'ont pas lieu de s'appliquer en Nouvelle-France, pour des raisons juridiques, historiques, pragmatiques<sup>224</sup>

<sup>219</sup> Ainsi, au regard de la manière d'arpenter les propriétés et de calculer la superficie foncière des seigneuries, Cugnet indique que « les grèves et toutes les pointes de terres qui avancent dans le fleuve ou dans les rivières n'ont jamais été comprises dans le mesurage des profondeurs. S'écarter de cet ancien usage serait troubler les possessions les plus anciennes des seigneuries de cette province ». *Traité abrégé*, préc., note 197, T. III, art. 13, p. 48.

<sup>220</sup> Il déclare d'ailleurs qu'il a « distrait, autant qu'il a été en mon pouvoir, tout ce qui pouvait concerner la forme (que j'ai toujours regardé comme la science des ignorants) pour m'attacher uniquement aux principes fondamentaux ». *Id.*, p. iii.

<sup>221</sup> Notamment, à l'aide de la typographie et de l'italique : cf. S. NORMAND, préc., note 193, à la page 140.

<sup>222</sup> Il en est ainsi lorsqu'il aborde les questions d'urbanisme et les « saillies » des maisons où il fait appel à la Genèse, à Platon, à la législation impériale et à Tacite, sans grand intérêt juridique. Toutefois, on peut souligner dans le même article un effort soutenu à définir les termes relatifs aux bâtiments qu'il utilisera par la suite. *Traité de la police*, préc., note 199, chap. II, art. 4, p. 15.

<sup>223</sup> *Traité des fiefs*, préc., note 198, p. ix, cité par S. NORMAND, préc., note 193, à la page 145.

<sup>224</sup> Voir, ainsi, l'article 22 de la *Loi sur les fiefs*, qui n'a pas lieu de s'appliquer en raison de l'absence quasi-totale de manoirs dans les fiefs de la Nouvelle-France : *Traité des fiefs*, préc., note 198, chap. VI, art. 16, p. 23.

comme la commise du fief<sup>225</sup>, les fours et les pressoirs banaux<sup>226</sup> ou de rappeler les modifications intervenues par l'Acte de Québec et l'introduction des nouvelles règles de successions au bénéfice des « nouveaux sujets », les canadiens français<sup>227</sup>. Il annonce même à l'occasion certaines évolutions normatives souhaitables :

« Je ne doute pas que si l'habitant devenant par la suite des temps plus industriels, entreprenait à faire du cidre, les seigneurs ne fussent en droit de construire des pressoirs banaux et d'y obliger leurs censitaires par leurs contrats. Cependant, comme ce droit serait nouveau en cette province, je suis porté à croire qu'il serait nécessaire de l'introduire, d'un ordre de sa Majesté le seigneur dominant, sur la demande respectueuse qui pourrait lui en être faite. »<sup>228</sup>

Tout en prenant acte des modifications induites par l'Acte de Québec et la conquête<sup>229</sup>, il les déplore parfois, comme c'est le cas de l'ordonnance du 17 septembre 1764, qui a supprimé toutes les justices seigneuriales, et les revenus afférents à celles-ci<sup>230</sup>, mais constate avec plaisir le rétablissement

<sup>225</sup> « Le Roy étant le seigneur dominant en cette province, je n'ai rapporté et fait mention du droit de commise que par pure curiosité, les sujets de cette province étant trop bons sujets, et trop attachés à leur souverain pour lui disputer son droit de seigneur dominant, il n'y a point encore eu d'exemple de désaveu et de félonie en Canada depuis son établissement, et je crois devoir être persuadé qu'il n'y en aura jamais. La soumission et le respect que les Canadiens ont fait paraître en toutes choses aux ordres de sa Majesté, et de ses gouverneurs depuis la conquête, doivent lui être de surs garants de ce que j'avance » : *id.*, chap. VI, art. 16, p. 23.

<sup>226</sup> « Jusqu'ici dans cette colonie, il n'y a point eu de fours banaux, il est fort douteux que les seigneurs du Canada aient ce droit, à moins qu'ils n'aient des bourgs ou villages ordonnés [...] » : *id.*, chap. VII, art. 18, p. 26.

<sup>227</sup> *Id.*, chap. VII, art. 17, p. 23.

<sup>228</sup> *Id.*, chap. VII, art. 18, p. 26.

<sup>229</sup> « Je suis du sentiment que les seigneurs de cette province ne peuvent plus que réclamer la moyenne et basse justice, qu'ils ne sont plus en droit d'exiger la haute justice qui concerne le criminel ; parce que je pense, et je crois avec raison, que la partie criminelle appartenant au Souverain seul, a, par la conquête, été supprimée, *ex æquo et jure*, aux seigneurs. Tous les Canadiens raisonnables penseront de même, mais ils peuvent réclamer la moyenne et la basse justice (toute partie criminelle distraite) quoique plus étendue que ce qu'on appelle en Angleterre, court baron, afin de n'être point frustrés des droits et profits pécuniaires qui sont attachés au droit de justice, qu'ils ont par leurs titres. Par l'acte qui règle cette province, le Roy se réserve la haute justice » : *id.*, chap. XII, p. 53.

<sup>230</sup> Cette ordonnance a « frustré tous les seigneurs de cette province de cette partie de leur propriété et des droits profitables qui y sont attachés. Cette ordonnance a renversé, de fonds en comble, l'état et la fortune des Canadiens » : *id.*, chap. XII, art. 41, p. 54.

des normes françaises par l'Acte de Québec, notamment en matière de gestion des seigneuries<sup>231</sup>.

Dans son *Abrégé*, il cherche à mettre en avant les principes<sup>232</sup>, dont il synthétise la teneur et qu'il tente de présenter de manière homogène<sup>233</sup>. C'est dans ces développements que les renvois au droit colonial sont les plus rares<sup>234</sup>. Logiquement, certaines institutions métropolitaines, comme le déguerpissement<sup>235</sup> ou la prescription trentenaire sans titre<sup>236</sup>, sont écartées par Cugnet pour le contexte colonial. Malgré le caractère coutumier du droit de la province, le juriste québécois n'hésite pas à se montrer en faveur du droit romain lorsqu'il soulève un éventuel silence de la coutume,

<sup>231</sup> Concernant ainsi le droit de réunir les terres aux domaines des seigneurs lorsque les censitaires ne les ont pas défrichées et mises en culture, Cugnet relève que « la suspension de cette loi depuis l'ordonnance de septembre 1764, non seulement empêche les seigneurs de faire réunir à leur domaine une infinité de terres qui sont dans le cas de l'être mais encore, fait un grand tort à l'avancement de la culture, parce que les seigneurs se trouvent dans l'impossibilité de concéder ces terres abandonnées à d'autres qui les leur demandent, parce qu'il est de toute nécessité de déclarer les concessions qu'ils en ont données de nulle valeur. *Comme par l'acte les anciennes lois sont remises en force, cet inconvénient cesse* » : *id.*, chap. XII, art. 43, p. 60. Il ajoute, concernant l'article 45 qui entrave le pouvoir de bâtir pour les censitaires et les incite à défricher d'autres terres, que sa suspension a multiplié les pauvres familles. Les enfants au lieu de prendre de nouvelles terres, ainsi qu'ils auraient été obligés de faire dans le précédent gouvernement, partagent entre eux la terre de leur père, bâtissent chacun leurs petites parts, sur lesquelles ils ne peuvent recueillir de quoi les nourrir. L'acte qui règle le gouvernement de cette province y remédiera pour l'avenir » : *id.*, ch. XIV, art. 45, p. 61.

<sup>232</sup> « [...] je n'ai prétendu dans ce traité, autre chose, sinon que de faire connaître les principes fondamentaux de la loi municipale, eu égard à l'état des citoyens et à leur propriété [...] » : *Traité abrégé*, préc., note 197, T. XIII, p. 188.

<sup>233</sup> *Id.*, p. 16-21.

<sup>234</sup> Par exemple, en matière de propres réels et propres fictifs (T.I, art. 4, p.16) ou d'actions personnelles (T.II, p. 21) : *id.*, p. 16-21.

<sup>235</sup> « Ces cas ne peuvent arriver que très rarement en cette province, dans le cas des cens et rentes foncières et seigneuriales qui sont trop modiques, qui ne peuvent s'augmenter qu'en dérogeant aux titres primitifs des concessions, en vertu desquels les propriétaires possèdent » : *id.*, T. II, art. 10, p. 36

<sup>236</sup> « Il serait inutile de m'étendre davantage sur cet article puisqu'il ne peut avoir lieu dans cette province, quant aux fiefs et seigneuries, les titres de toutes et chacune propriétés des citoyens qui la composent étant enregistrés dans les registres des insinuations du conseil supérieur et d'intendance. (...) Il n'y aura jamais lieu de se prévaloir en ce cas de prescription, les titres de toutes les propriétés étant, par leur enregistrement, constants et connus » : *id.*, T. III, art. 13, p. 48.



comme en matière de déconfiture, pour des considérations pratiques – « les meubles sont toujours plus prompts à vendre que les immeubles et peuvent dépérir par le temps »<sup>237</sup> – mais surtout parce qu'il considère, fort classiquement, que « le droit romain est la loi commune »<sup>238</sup>. Adoptant une posture plutôt modeste généralement, il se réserve parfois le rôle du jurisconsulte, évoquant des cas et donnant son opinion en s'appuyant sur le droit romain ou des adages<sup>239</sup>. La destination de son œuvre est rappelée lorsqu'il aborde la question du Douaire, Cugnet relevant que « cette partie de la propriété diffère beaucoup des lois anglaises qui n'accordent à la femme que la jouissance du tiers »<sup>240</sup>, afin de bien marquer l'esprit de ses lecteurs britanniques, praticiens ou administrateurs. Évoquant la tutelle, il souligne l'importance primordiale de l'intendance dans la colonie pour l'exercice de cette institution, sans caractériser toutefois une pratique coloniale spécifique<sup>241</sup>. Il le fait par contre concernant la pratique testamentaire, matière ô combien sensible dans le contexte du changement de régime :

« À l'égard des testaments qui se font par-devant personnes publiques qui sont et seront longtemps les plus communs en cette Province, par la malheureuse ignorance des habitants qui la composent en général, on verra les formalités et solennités qui sont requises par la loi municipale de cette dite Province, dans les explications des divers articles qui composent ce titre. »<sup>242</sup>

Il a l'occasion d'expliciter la spécificité coloniale à l'article 62 de son ouvrage qui porte sur la forme des testaments. En l'occurrence, il insère

<sup>237</sup> *Id.*, T. V, art. 25, p. 67.

<sup>238</sup> *Id.* Il reprend ainsi le *Digeste* lorsqu'il évoque la question des tutelles et curatelles, l'enfant ayant selon le juriste québécois un droit naturel à la protection et à la subsistance, *id.*, T. IX, p. 121, ou en matière de successions, citant les *Institutes* et le *Digeste*, T. XII, art. 70, p. 179-181.

<sup>239</sup> En matière de succession et de fruits par exemple, il écrit : « On pourra demander si, les frais des labours et semences excédaient la valeur des fruits, le survivant dont l'héritage a été cultivé et ensemencé aux frais de la communauté, ou les héritiers du prédécédé à qui appartenait l'héritage ont le choix ou de prendre les fruits de l'héritage en remboursant la moitié des labours et semences à l'autre des conjoints, ou de lui laisser prendre la moitié des fruits sans lui rien rembourser ? Je répondrai que je ne crois pas que ce choix soit laissé au propriétaire de l'héritage dans lequel les labours et semences ont été faits et ensemencés : par la raison de droit que *ad quem pertinet commodum, ad eum quoque pertinere debet incommodum* ». *Id.*, T. VII, art. 38, p. 95.

<sup>240</sup> *Id.*, T. VIII, p. 108.

<sup>241</sup> *Id.*, T. IX, p. 132.

<sup>242</sup> *Id.*, T. XI, p. 157.

dans l'article un dernier alinéa qui indique qu'à défaut de notaires dans les campagnes, les testaments peuvent être passés devant les curés ou missionnaires et trois témoins «réputés solennels, pourvu qu'il y soit fait mention, en cas que le testateur et les témoins ne sachant signer, des raisons qui les en empêchent»<sup>243</sup>. Ce faisant, Cugnet se réfère à l'ordonnance de l'intendant Bégon, propre au contexte de la colonie :

«Le dernier membre de cet article est une exception du premier (suivant l'usage de cette Province) quant à l'obligation de la signature des témoins pour les campagnes en vertu d'un règlement de M. Bégon, Intendant en date du 30 avril 1722, qui a toujours été suivi, ayant été reconnu impossible qu'il se trouve dans les différentes paroisses trois habitants qui puissent signer leurs noms, et qu'il faut absolument s'en rapporter à la probité de la personne publique qui fait le testament, ou mettre l'habitant dans l'impossibilité de tester. *Prohibition qui attaquerait la liberté personnelle des Canadiens, en les empêchant de profiter du bénéfice qui leur est accordé par l'acte, ce qui ne répondrait plus à ses vues.*»<sup>244</sup>

Soulignant cette dernière phrase, Cugnet se porte bien en défenseur de la pratique juridique spécifique de la colonie et de ses habitants. L'article 63 lui donne l'occasion de deux rapports différents à la norme. Évoquant la restriction de la faculté de disposer de ses «propres» limitée au quint, il est amené à prôner une évolution de la norme contraire à la Coutume de Paris :

«Cependant, comme cette restriction au quint des propres est particulière à la coutume de Paris, introduite en partie, comme loi municipale et propre au Canada, et que dans la plus grande partie des provinces de la France qui suivent le droit écrit, il est permis et loisible à toutes personnes capables, de tester, de disposer de tous leurs biens je suis du sentiment que cette province étant sous un gouvernement libre, cette restriction ne devrait plus avoir lieu et que cette province devrait suivre à cet égard, la disposition des lois romaines qui me paraît être la même que celles d'Angleterre.»<sup>245</sup>

Utilisant judicieusement le droit romain ici, Cugnet se permet d'orienter la norme traditionnelle de la colonie vers une logique bien plus proche de la pratique britannique, et apporte opportunément un avis juridique conforme, du moins en partie, aux aspirations des administrateurs britan-

<sup>243</sup> *Id.*, T. XI, art. 62, p. 157.

<sup>244</sup> *Id.*, T. XII, art. 62, p. 157-158.

<sup>245</sup> *Id.*, T. XII, art. 63, p. 160.

niques et des anciens sujets de Sa Majesté. Cette opinion lui donne l'occasion d'une petite passe d'arme avec d'autres auteurs de la Province – peut-être les auteurs des *Extraits des messieurs* – qu'il n'identifie pas, mais qui se trouvent sur cette question davantage conforme à l'orthodoxie juridique coutumière de la Province :

« Quelques-uns des citoyens de cette Province, qui pour avoir fait venir un nombre de livres de jurisprudence, bien reliés et dorés, et qui se croient jurisconsultes infailibles (sans jamais avoir étudié les principes de jurisprudence) à cause de leur riche bibliothèque, et de la lecture qu'ils ont peut-être faite de partie des livres qui la composent, la plupart sans les comprendre, me traiteront de mauvais citoyen, en abandonnant cette partie; ces Messieurs jurisconsultes, légistes, si l'on veut, (qui par parenthèse, veulent me faire passer pour plus ignorant qu'eux) voulant, disent-ils, tout ou rien. Mais qu'on leur en demande la raison! Ils n'en pourront donner aucune bonne. Ils chanteront sur différentes notes, et ne donneront aucuns tons raisonnables. Quant à moi, moins spirituel et moins savant qu'eux, je donnerai les raisons qui m'ont portées à dire mon sentiment à ce sujet, si on les exige. »<sup>246</sup>

La controverse repose en fait sur des choix purement politiques, et Cugnet ne s'en cache guère, ayant choisi de se montrer favorable à ceux qui ont été les initiateurs de ses travaux et à l'Acte de Québec qui semble, à ses yeux, couronner son *opinio juris* :

« L'acte du parlement, qui règle le gouvernement de cette Province, donnant la liberté à tous les Canadiens propriétaires de tous immeubles, meubles ou intérêts dans ladite Province, qui auront droit de les aliéner pendant leur vie, de les tester et léguer à leur mort par testament et ordonnance de dernière volonté, nonobstant toutes anciennes lois, coutumes et usages à ce contraires, me dispensera de répondre à tous les arguments que quelqu'un pourrait faire à cet égard, puisqu'il doit les convaincre que le ministère et le Parlement de la Grande Bretagne ont pensé, ainsi que j'ai hasardé de le faire. »<sup>247</sup>

L'onction législative est bien opportune pour Cugnet, même si, sur le fond, un argumentaire tout à fait objectif pouvait être développé. Il renvoi alors ses lecteurs canadiens à Blackstone pour comprendre la logique de la pratique testamentaire britannique<sup>248</sup>. Lorsqu'il s'affirme comme un laudateur du droit tel qu'il existait avant la Conquête, il le fait essentiellement

<sup>246</sup> *Id.*

<sup>247</sup> *Id.*, T. XII, art. 63, p. 161.

<sup>248</sup> *Id.*

lorsqu'il anticipe une orientation favorable du législateur britannique en ce sens, comme en matière de tenu des registres d'état civil<sup>249</sup>.

Ses ouvrages visent essentiellement la pratique. En matière de succession où il est amené à évoquer des adaptations de la norme d'origine française au contexte postérieur à l'Acte de Québec<sup>250</sup>, certaines hésitations subsistant dans son esprit quant à la norme à appliquer<sup>251</sup>. Il déplore dans son *Traité de la police* et son *Traité de la loi sur les fiefs* l'abandon des règles françaises en matière notamment de voirie et d'urbanisme : « Cette partie si nécessaire est entièrement négligée, elle demande un traité particulier des anciens usages, afin que les habitants puissent se rappeler leurs anciennes obligations, et les engager à les reprendre. »<sup>252</sup> Comme le souligne Sylvio Normand, le droit de l'urbanisme et la police de manière générale furent des domaines totalement modifiés par les britanniques, qui font passer les nouveaux sujets « d'une réglementation tatillonne à une liberté sans frein », tant dans l'évolution de l'urbanisme que des règles de commerce<sup>253</sup>.

<sup>249</sup> L'obligation posée à l'article 64 de son *Abrégé*, visant à ce que les curés et vicaires portent auprès des juridictions leurs registres, fait l'objet de l'appréciation suivante de la part du juriste : « cet article qui est le 291<sup>ème</sup> de la coutume, est d'une conséquence infinie, puisque de ces registres dépend l'état des citoyens. La suppression des lois municipales de cette Province a été la cause que cet article, qui y était rigoureusement observé avant la conquête, non seulement en vertu de la coutume, mais en conséquence de plusieurs règlements et ordonnances des différents intendants a été ainsi que tout le reste négligé ; et elle sera la cause d'une infinité de procès entre parents pour successions, qui ne pourront être décidés qu'au hasard, faute de pouvoir avoir les registres dont cet article fait mention. Mais il faut en donner l'interprétation en peu de mots, puisque par l'acte « qui règle le Gouvernement de cette Province », il y a tout lieu d'espérer qu'il reprendra toute sa force » ; *id.*, T. XII, art. 64, p. 161.

<sup>250</sup> *Id.*, T. XII, art. 65, p. 167.

<sup>251</sup> Concernant ainsi l'article 66 du *Traité abrégé* qui pose l'égalité des enfants héritiers, Cugnet souligne : « Je crois que la clause de l'acte de cette Province, qui permet à [tout] un chacun de tester comme bon lui semble, ne peut empêcher ce que règle cet article, quant aux donations entre vifs, mais qu'il faut en retrancher, les donations testamentaires, qui doivent suivant cette clause avoir leur entier effet, nonobstant la loi municipale » : *id.*, T. XII, art. 66, p. 168.

<sup>252</sup> *Traité des fiefs*, préc., note 198, chap. XV, art. 49, p. 64.

<sup>253</sup> Informé des difficultés exposées dans les travaux de Cugnet, le législateur colonial intervient et rétablit des règles proches des normes françaises, renvoyant pour partie aux « anciens usages et coutumes du pays » et pour partie établissant des règles spécifiques. « [C]ette distinction, clairement exposée dans les ouvrages de Cugnet, trahit l'influence exercée par l'auteur auprès des autorités provinciales » : S. NORMAND, préc., note 193, à la page 143.

Ces travaux et cette exposition du droit ont été contestés, donnant lieu à la première contestation doctrinale québécoise. L'*Abrégé* ayant subi les critiques de la part de Maseres et du juge en chef William Hey, « malgré les explications orales de l'auteur »<sup>254</sup>, Carleton initia un autre projet doctrinal, confié notamment à Joseph-André-Mathurin Jacrau et Colomban-Sébastien Pressart, du séminaire de Québec<sup>255</sup>. Ces travaux collectifs seront publiés à Londres en 1772–1773, appelés « Extrait des Messieurs »<sup>256</sup> et composés de cinq fascicules dont l'« Extrait des Édits » préparé par Cugnet en 1769<sup>257</sup>. L'orientation moins protectionniste du patrimoine juridique français – et surtout des privilèges seigneuriaux – de cet exposé obligera le juriste québécois à défendre âprement les règles relatives à la propriété foncière notamment, défense qui lui vaudra une querelle assez vive avec Maseres<sup>258</sup>. Le corpus juridique doctrinal né de la plume des auteurs canadiens d'origine française se complète de quelques pétitions signées notamment par de nombreux notaires et les représentations menées à Londres

<sup>254</sup> P. TOUSIGNANT et M. DIONNE TOUSIGNANT, préc., note 194, à la page 199.

<sup>255</sup> Ces extraits sont l'œuvre d'un « comité spécial de gentilshommes canadiens, bien au fait des lois en vigueur en France et dans cette province » : voir, Henri PROVOST, « Jacrau, Joseph-André-Mathurin », dans *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. 4, préc., note 149, p. 418.

<sup>256</sup> *An abstract of those parts of the custom of the Viscounty and Provostship of Paris which were received and practised in the province of Quebec, in the time of the French government. Drawn up by a select committee of Canadian gentlemen, ... By the desire of the Honourable Guy Carleton, Esquire, Governour in Chief of the said province*, London, Charles Eyre and William Strahan, 1772; *An abstract of the Loix de police; or, Public regulations for the establishment of peace and good order, that were of force in the province of Quebec, in the time of the French government*, London, Charles Eyre and William Strahan, 1772; *The sequel of the abstract of those parts of the custom of the viscounty and provostship of Paris which were received and practiced in the Province of Quebec in the Time of the French Gouvernement: containing the Thirteen latter Titles of the said Abstract*, London, Charles Eyre and William Strahan, 1773; *An abstract of the Criminal Laws That were in Force in the Province of Quebec, in the Time of the French Gouvernement*, London, Charles Eyre and William Strahan, 1773.

<sup>257</sup> François-Joseph CUGNET, *An Abstract of the several royal edicts and declarations, and provincial regulations and ordinances, that were in force in the province of Quebec in the time of the French government: and of the commissions of the several governours-general and Intendants of the said province, during the same period, faithfully collected from Registers of the Superior Council of Quebec*, London, Charles Eyre and William Strahan, 1772.

<sup>258</sup> Voir : P. TOUSIGNANT et M. DIONNE TOUSIGNANT, préc., note 194, à la page 198.

par Charles de Lotbinière en matière de droit criminel lors des débats autour de l'Acte de Québec<sup>259</sup>.

\*  
\*   \*  
\*

*Les fondements historiques du discours juridique québécois.* On voit bien, à travers ces quelques exemples, que ces discours protéiformes – fortement marqués par leurs époques – annoncent une richesse juridique qui trouvera à s'exprimer avec l'affirmation d'une véritable identité juridique québécoise<sup>260</sup> et la naissance d'un droit comparé.

Comme le soulignait fortement Chaïm Perelman, « [...] le droit se développe, en équilibrant une double exigence, l'une d'ordre systématique, l'élaboration d'un ordre juridique cohérent, l'autre pragmatique, la recherche de solutions acceptables par le milieu, parce que conformes à ce qui lui paraît juste et raisonnable »<sup>261</sup>. C'est naturellement que le droit d'outre-mer suit les mêmes dynamiques. Dans ce cadre colonial, le discours sur le droit est là pour convaincre, il témoigne d'une réalité qui est propre à ses auteurs, à son groupe social, à ses aspirations, à une volonté de modifier la réalité institutionnelle et juridique pour une meilleure société. Les administrateurs des colonies sous l'Ancien régime ont à suivre ces lignes de force, à les subir ou à les détourner. Cette rhétorique juridique constitue le reflet tour à tour des aspirations et de la culture juridique des juristes eux-mêmes et, à d'autres occasions, de la volonté et des attentes de l'administration métropolitaine. Il s'agit alors bien souvent d'une image déformée de la réalité. La première étape de l'autonomisation du droit québécois apparaît avec la Conquête et la nécessité d'affirmer des racines juridiques. Le développement de l'enseignement du droit, des corps professionnels et de l'édition juridique jetteront à la fin du XVIII<sup>e</sup> et

<sup>259</sup> « Mémoire de Lotbinière », dans A. SHORTT et A. DOUGHTY, préc., note 187, p. 547. Sur ce débat, voir l'article d'André MOREL, « La réception du droit criminel au Québec (1760-1892) », (1978) 13 R.J.T. 449.

<sup>260</sup> Voir : Sylvio NORMAND, « Une culture en redéfinition: la culture juridique québécoise durant la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle », dans Bjarne MELKEVIK (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Sainte-Foy, PUL, 1998, p. 221; « La littérature du droit comme élément structurant du champ juridique québécois : une perspective historique », Ysolde GENDREAU (dir.), *La doctrine et développement du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 1.

<sup>261</sup> Ch. PERELMAN, préc., note 12, p. 173.

au début du XIX<sup>e</sup> siècle les bases de nouveaux discours sur le droit, plus techniques, plus riches, diversifiés mais tirant partie de l'esprit d'adaptation juridique qu'a connu le Régime français. Il est clair que la réflexion juridique de la Nouvelle-France est pragmatique, aux mains d'administrateurs plutôt que de juges ou d'avocats<sup>262</sup>. Malgré quelques exceptions notables, comme les écrits de Collet, l'herméneutique juridique esquissée dans ses lignes est pauvre théoriquement et techniquement, au regard de la foison qu'elle connaîtra après la Conquête, allant crescendo jusqu'au point culminant de la codification en 1866<sup>263</sup>, puis de l'autonomisation progressive au XX<sup>e</sup> siècle. Il faut souligner plusieurs caractéristiques de ces discours juridiques. L'existence de juristes nés et formés juridiquement dans la colonie semble être nécessaire afin de développer un discours sur le droit de qualité. De plus, l'aiguillon de l'altérité juridique apportée par la Conquête participe à l'essor de travaux sur le droit civil de la colonie, la véritable doctrine canadienne française s'affirmant seulement au moment de la défense de la tradition juridique par Cugnet et ses successeurs. Toutefois, la longue œuvre d'adaptation au contexte de la colonie, fait par les juristes durant le Régime français sera essentiellement perdue par la logique même de l'Acte de Québec. En affirmant que seules les normes enregistrées par le Conseil souverain étaient rétablies par l'Acte de Québec, et par la référence continue aux normes françaises continentales de l'Ancien Régime plutôt qu'à la pratique des juridictions locales et des administrateurs, cet héritage, hors de la logique pragmatique et d'adaptation qui le gouvernait, a été largement occulté par le développement du droit après la Conquête. Un réapprentissage de l'autonomie, de l'identité

<sup>262</sup> Si, comme le relevait Jean Daniel Dumas, on a « prodigieusement écrit sur les colonies [...] », trop souvent ces écrits sont de simples visions, « [...] des contes que l'on tient pour vrai, qui bien souvent frondent le gouvernement et dépriment la nation ». Il ajoute : « La fureur des mémoires est devenue une espèce d'épidémie. [...] Il faut avoir servi et commandé dans les colonies pendant le temps d'effervescence pour connaître tout le danger de cet abus de l'émulation. [...] tel est le vice de nos connaissances ; elles font confusion. L'homme de guerre ne parle que de la sûreté, de la conservation, de la défense ; le magistrat ne considère que l'ordre intérieur ; le politique n'aperçoit que la balance générale du commerce [...] tout le monde écrit et abonde dans son sens ; et les ministres s'arrêtent parce que tant de discours, tant d'écrits contradictoires portent nécessairement incertitudes ». J. D. DUMAS, préc., note 44, p. 277-279.

<sup>263</sup> Cette réalité sera transformée postérieurement à la codification, comme l'a démontré Michel Morin, cf. Michel MORIN, « Des juristes sédentaires ? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du Code civil du Bas Canada », (2000) 60 *R. du B.* 247.

juridique et de sa protection<sup>264</sup> sera nécessaire tout au loin du XIX<sup>e</sup> siècle afin de cristalliser un droit propre à ce territoire, enjeu d'une actualité toujours prégnante<sup>265</sup>.

---

<sup>264</sup> Sylvio NORMAND, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : La sauvegarde de l'intégrité du droit civil », (1987) 32 *R.D. McGill* 559

<sup>265</sup> Voir : Adrian POPOVICI, « Libre propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui rétrécit », (2009) 54 *R.D. McGill* 223.