

IV

Acadie: A la rencontre de l'histoire du droit avant le dérangement

JACQUES VANDERLINDEN

L'HISTORIEN DU DROIT, qui n'est pas canadien et qui aborde l'Acadie,¹ ne peut manquer d'être très rapidement frappé par un certain nombre d'impressions. Celles-ci lui fournissent simultanément un faisceau de pistes à explorer et un noeud de problèmes à résoudre qui lui sont sans doute, comme à tous ses collègues abordant un sujet neuf, familiers dans leur éternité et originaux dans leurs spécificités.

I. Mais où donc est l'Acadie?

A première vue, la réponse est simple. La Nouvelle-France ou France septentrionale, comme elle est appelée dans certains documents est l'ensemble formé par le Canada (c'est-à-dire, grosso modo, la partie sud de l'actuelle province du Québec), l'Acadie et Terre-Neuve. Cependant, très vite, la terminologie des actes législatifs du temps semble considérer comme équivalents Nouvelle-France et Canada; ainsi se produit un premier glissement d'assimilation de la partie principale (le Canada où se trouve le chef-lieu de la colonie, Québec) avec le tout (la Nouvelle-France).² Comme, en outre, le principal mouvement de recherches et de publications relatif à l'histoire du droit de cette partie du Canada actuel se manifeste au Québec, la confusion entre la Nouvelle-France, le Canada (dans le sens de l'époque) et l'actuelle province du Québec tend à se renforcer. La lecture de certains ouvrages ou études d'histoire du droit consacrés à la Nouvelle-France dans lesquels il n'est fait aucune mention de l'Acadie ne fait que renforcer cette première impression.³ Où donc est l'Acadie?

¹ Sur la définition de l'Acadie, voir notamment A.H. Clark, *The Geography of Early Nova Scotia*, Madison, University of Wisconsin Press, 1968, à la p. 71 et seq. Je me limite, quant à moi, aux établissements de la baie de Fundy dont le chef-lieu était Port-Royale, qu'ils soient situés dans la Nouvelle-Écosse, ou le Nouveau-Brunswick actuels. Ceci implique que je n'aborde pas l'île royale ou encore Louisbourg, au sujet desquels existe, pour mon propos, une documentation sans doute limitée, mais néanmoins utile.

² Ces éléments de géographie historique sont destinés au lecteur peu familier avec soit la région, soit l'époque et servent uniquement à délimiter grossièrement mon champ d'investigation. Je renvoie, pour une étude plus approfondie d'une notion qui a considérablement varié au fil du temps pendant la période qui nous occupe, à l'étude de M. Trudel, «La Nouvelle-France» 2 *Cahiers de l'Académie canadienne-française* à la p. 25.

³ Illustratifs de cette tendance sont les travaux de J. A. Dickinson, qu'il s'agisse de ses «Conceptions de la tenure en Normandie et en Nouvelle-France» dans *Évolution et éclatement du monde rural—France-Québec XVIIe-XIXe siècles*, Montréal-Paris, Presses de l'Université de Montréal-Edi-

Cette impression se renforce lorsqu'on dépouille les *Jugements et délibérations du Conseil souverain de la Nouvelle-France*. Il est exceptionnel que Conseil soit saisi d'une question intéressant l'Acadie. S'il enregistre en 1687 la nomination de Meneval en qualité de gouverneur de la région et en 1688 celle de Goutin en qualité de Lieutenant général,⁴ il n'en va pas de même pour leurs prédécesseurs ou ses successeurs; s'il accueille en 1689 une action en matière successorale de La Mothe Cadillac,⁵ les *Jugements* ne contiennent aucune autre trace d'action civile introduite devant le Conseil au départ de l'Acadie; s'il enregistre les concessions accordées à N. Denys à Miramichi, à Jean Gobin sur la baie des Chaleurs et à Mme de Marson, veuve d'un gouverneur de l'Acadie, à la rivière St-Jean en 1693,⁶ il ne prend acte d'aucune autre accordée à la même époque dans la région, soit pendant les vingt-cinq premières années du rétablissement du pouvoir français en Acadie à partir de 1670. De toute évidence les affaires acadiennes ne sont pas le premier souci des autorités de la Nouvelle-France.

Sans doute peut-on dès lors estimer qu'il y a une uniformité totale du système juridique dans l'ensemble de la Nouvelle-France et que les conclusions qu'il est possible de dégager pour le centre sont également valables pour la périphérie. Je me permets d'en douter. La fréquentation la plus rudimentaire (c'est le niveau de la mienne) des sources du droit en Acadie pendant la période française indique clairement que les problèmes **ne pouvaient pas** s'y résoudre comme au Canada. L'origine des populations, l'organisation administrative et judiciaire, l'implantation du clergé, les pratiques agricoles des habitants sont différentes, tandis que la société même semble être demeurée bien davantage une société de l'oral que sur les rives du Saint-Laurent; bref il est difficile d'imaginer que des conditions aussi dissemblables puissent produire un droit identique. L'une de mes ambitions est précisément de montrer qu'il existe bien un droit propre à l'Acadie, même pendant la période française.⁷

II. La pauvreté des sources publiées

Un premier regard sur les sources publiées relativement à l'Acadie permet de conclure à l'extrême pauvreté de la littérature spécialisée, particulièrement au cours du dernier demi-siècle.⁸

tions de l'École des Hautes Études en Sciences sociales, 1986) aux pp. 163–172; «Court Costs in France and in New France in the Eighteenth Century» (1977) *Historical Papers/Communications* historiques; ou encore de ses «Réflexions sur la police en Nouvelle-France» (1987) 32 *McGill Law Journal/Revue de droit de McGill*, aux pp. 497–522.

⁴ *Jugements et délibérations du Conseil souverain de la Nouvelle-France*, 6 vol., Québec, A. Côté, 1885–1891, l'index des six premiers volumes a été publié en 1940, vol. 3, aux pp. 188–189 et 273–274.

⁵ *Ibid.*, aux pp. 465, 468, 501, 505 et 513.

⁶ *Ibid.*, pp. 733, 734 et 783.

⁷ Il sera évidemment question en temps utile des impressions que m'a laissées la période anglaise entre 1713 et 1755.

⁸ La bibliographie qui sert de base à ces «impressions» est nécessairement sommaire et reflète parfaitement l'itinéraire, encore fort bref, d'un néophyte en la matière.

Pour la période française,⁹ peu de sources primaires ont été publiées et, lorsqu'elles l'ont été, c'est accidentellement et souvent en traduction. Pour la période anglaise,¹⁰ la situation se présente de manière quelque peu plus favorable grâce à la collection des *Nova Scotia Archives*.¹¹

Indépendamment de cette dernière collection, les sources primaires sont publiées dans l'un ou l'autre des ouvrages cités ci-dessous ou dans d'autres recueils, comme ceux édités par Akins,¹² Campeau¹³ ou Webster,¹⁴ comme les *Arrêts et règlements du Conseil supérieur du Québec*¹⁵ et leur *Complément*,¹⁶ de même que les *Édits, ordonnances royaux, déclarations et arrêts du Conseil d'Etat du Roi*¹⁷ dans lesquels se retrouvent des documents dont certains sont applicables à l'Acadie—ou encore comme la *Collection de manuscrits contenant lettres, mémoires, et autres documents*¹⁸ ou les *Mémoires des Commissaires du Roi*,¹⁹ pour ne citer que quelques exemples parmi les plus importants.

Au niveau des sources secondaires, la situation est en tous points comparable. Hormis les deux articles de Barnes²⁰ et celui de Basque,²¹ sur lesquels j'aurai

⁹ Celle-ci s'étend de 1604, année du début de la première colonisation du pays, à 1713, année de signature du traité d'Utrecht transférant l'Acadie de la France à la Grande-Bretagne. Ce traité laisse en litige entre les deux pays l'actuel Nouveau-Brunswick et conserve à la France l'île Saint-Jean (l'actuelle île du Prince-Edouard) et l'île Royale, actuel Cap-Breton.

¹⁰ Elle s'étend, dans le cadre—limité—de cet article, de 1713, année du traité d'Utrecht à 1755, année qui marque le début de la déportation systématique des Acadiens de souche française par les Britanniques.

¹¹ Cette collection, à laquelle je me réfère par ses initiales, *NSA* (pour *Nova Scotia Archives*), comprend les volumes *Calendar of Two Letter-Books and one Commission-Book in the Possession of the Government of Nova-Scotia* (A), A.M. MacMechan ed., Halifax, Public Archives of Nova Scotia, 1900. vol. 2, *Minutes of His Majesty's Council at Annapolis Royal, 1736-1749*, C.B. Fergusson, ed., Halifax, Public Archives of Nova Scotia, 1967 vol. 4 et *Original Minutes of His Majesty's Council at Annapolis Royal*, A.M. MacMechan ed., Halifax, Public Archives of Nova Scotia, 1908 vol. 3.

¹² *Acadia and Nova Scotia*, T.B. Akins, ed., [réimpression], Cottonport, Polyanthos, 1972. La première édition de l'ouvrage date de 1869.

¹³ *Monumenta Novae Franciae - I - La première mission d'Acadie*, L. Campeau, ed., Roma-Québec, Monumenta historica Societatis Iesu-Presses de l'Université Laval, 1967.

¹⁴ *Acadia at the end of the Seventeenth Century*, J.C. Webster, ed., St John, New Brunswick Museum, 1934.

¹⁵ *Arrêts et règlements du conseil supérieur de Québec, et ordonnances et jugements des intendants du Canada*, Québec, E.R. Fréchette, 1855.

¹⁶ *Complément des ordonnances et jugements des gouverneurs et intendants du Canada précédé des commissions des dits gouverneurs et intendants et des différents officiers civils et de justice*, Québec, E.R. Fréchette, 1856.

¹⁷ *Édits, ordonnances royaux, déclarations et arrêts du Conseil d'Etat du Roi concernant le Canada*, Québec, P.E. Desbarats, 1803 et Québec, E.R. Fréchette, 1854.

¹⁸ *Collection de manuscrits relatifs à l'histoire de la Nouvelle-France*, 4 vol., Québec, A. Côté, 1883.

¹⁹ *Mémoires des commissaires du Roi & de ceux de Sa Majesté britannique sur les possessions & les droits respectifs des deux couronnes en Amérique*, 3 vol., Paris, Imprimerie royale, 1755.

²⁰ Barnes T.G., «As Near as May Be Agreeable to the Laws of this Kingdom»: Legal Birthright and Legal Baggage at Chebucto, 1749» *Law in a Colonial Society: The Nova Scotia Experience*, P.

l'occasion de revenir, l'Acadie d'avant le Dérangement est ignorée des spécialistes de l'histoire du droit.

Une information générale se retrouve dans les ouvrages de synthèse, au premier rang desquels figure celui, au titre ambigu mais justifié par la spécialisation de son auteur en géographie historique, de Clark²² ou dans des monographies, peu développées sur le plan juridique, comme celles de Bourque-Campbell,²³ Cormier,²⁴ Griffiths²⁵ ou Mark.²⁶ Ce sont là oeuvres, souvent fort intéressantes, d'historiens et non de juristes; ceci explique que le droit y occupe une place négligeable. Leur consultation est cependant indispensable pour essayer d'appréhender le contexte général dans lequel se meut le droit et aussi pour glaner des indices susceptibles d'ouvrir des voies nouvelles au chercheur.

L'historien du droit est en conséquence nécessairement renvoyé à des ouvrages plus anciens qui présentent, à côté de certaines faiblesses, l'avantage d'être plus «encyclopédiques» que certaines études récentes et permettent donc de dégager des pistes d'exploration. Tel est le cas pour les travaux de Brebner²⁷ ou, parmi les travaux plus anciens, ceux de Murdoch²⁸ ou de Rameau de Saint-Père²⁹.

Restent enfin ce qu'on pourrait appeler les ouvrages d'époque, qu'il s'agisse de ceux de Diereville,³⁰ de Lom d'Arce Lahontan³¹ ou de Lescarbot.³²

Une fois le dépouillement de ces sources secondaires achevé, une impression complémentaire et, somme toute, banale s'impose: seul un travail en profondeur sur

Waite, ed., Toronto, Carswell, 1984, aux pp. 1-23 et «The Daily Cry for Justice», » *Essays in the History of Canadian Law*, P. Girard et J. Phillips, éd., Toronto, Toronto University Press, 1990, aux pp. 10-41.

²¹ Basque M., «Conflits et solidarités familiales dans l'ancienne Acadie: l'affaire Broussard de 1724» (1989) *Cahiers SHA*, aux pp. 60-68.

²² Voir *supra* note 1.

²³ Bourque-Campbell J.B., «The Acadian Seigneurie of St Mathieu at Cobequid» (1989) 9 *Nova Scotia Historical Review* aux pp. 74-88.

²⁴ Cormier Y., *Les aboiteaux en Acadie—Hier et aujourd'hui*, Moncton, Chaire d'Etudes acadiennes, 1990.

²⁵ Griffiths N., *The Acadians: Creation of a People*, Toronto, McGraw Hill, 1973; *The Contexts of Acadian History*, Montréal—Kingston, McGill—Queen's University Press, 1992 et «The Golden Age: Acadian Life 1713-1748» (1984) 17 *Social History*, aux pp. 21-34.

²⁶ Mark M.J., *The Acadians under English Rule, 1713-1763*, thèse de maîtrise ès Arts, Marquette University, 1955 [non publiée].

²⁷ Brebner J.B., *New England's Outpost: Acadia before the Conquest of Canada*, New York, Columbia University Press, 1927.

²⁸ Murdoch B., *History of Nova-Scotia or Acadie*, 3 vol., Halifax, James Barnes, 1865.

²⁹ Rameau de Saint-Père F.—E., *Une colonie féodale en Amérique—L'Acadie (1604-1881)*, 2 vol., Paris, Plon, 1889.

³⁰ Diereville M., *Voyage à l'Acadie*, M. Gallant, éd., (1985) 16 *Cahiers SHA* aux pp. 9-173.

³¹ Lom d'Arcé L.A. de, baron de Lahontan, *Nouveaux voyages dans l'Amérique septentrionale, La Haye 1703 et Mémoires de l'Amérique septentrionale*, La Haye 1703.

³² Lescarbot M., *Histoire de la Nouvelle France*, 3 vol., Paris, Tross, 1866. L'ouvrage a connu sa première édition en 1611.

les archives, particulièrement celles de la Marine à Paris, du Foreign Office à Londres, de la Nouvelle-Écosse à Halifax et du Québec à Québec, sans oublier celles du Canada à Ottawa, est susceptible, dans un premier temps, de faire progresser notre connaissance du droit en Acadie au XVII^e et dans la première moitié du XVIII^e siècle. Comme tout ce que contenaient les unes et les autres relativement à l'Acadie est en principe accessible au Centre d'Études acadiennes à Moncton sous forme de microfilm ou de photocopie, une partie importante du matériau primaire est à portée de main et le seul dépouillement de celui-ci suffira, en principe, à nous permettre d'effectuer un premier pas.

On peut cependant se demander si certaines archives susceptibles de contenir des informations sur le droit applicable en Acadie ont fait l'objet d'un dépouillement aussi systématique que les fonds «historiques,» au sens le plus classique du terme.

Considérant plus particulièrement la période française, celle-ci génère chez l'observateur une première impression de malaise qui résulte de l'apparente (je dis bien l'«apparente» puisqu'aussi bien je n'ai pas encore eu l'occasion d'avancer loin dans les archives) distorsion entre le peu de documents juridiques dont les historiens se font l'écho et la richesse du personnel, notamment judiciaire, mis en place pendant cette période. Je passe sur la liste des gouverneurs (on ne peut négliger leur pouvoir législatif, même subordonné, dans une colonie comme l'Acadie où n'existent ni intendants, ni conseil souverain), dont nous savons par ailleurs que leur pouvoir était précaire et soumis aux aléas de la politique internationale et des faits locaux, ceux-ci étant souvent plus importants que celle-là. Indépendamment donc des chefs des colonies, une première lecture cursive des documents publiés fait apparaître dans la période cinq procureurs royaux ou fiscaux à Port-Royal ou aux Mines, deux lieutenants, l'un civil et criminel, l'autre général, un juge et un greffier. Ceci pour la justice royale.

Restent les seigneurs. Ils disposaient, en vertu de la concession de terre qui leur était faite d'un droit de haute, basse ou moyenne justice au sens où on l'entendait à l'époque. Les traces de cette justice seigneuriale sont maigres. Une partie des archives d'un procès, dont des extraits avaient été publiés par Rameau de Saint-Père, a été retrouvée récemment par une étudiante de l'université de Moncton, qui en a fait le sujet de sa thèse de maîtrise; mais l'espèce est jusqu'à présent unique. En outre le seigneur en cause, gouverneur de l'Acadie à l'époque du procès, Michel Leneuf de la Vallière, choisit, après avoir instruit l'affaire, de ne pas juger et envoie à Québec une personne accusée de sorcellerie pour que son cas soit traité par la prévôté locale; elle y sera acquittée³³

Notons également que, si la «coutume» du Poitou de 1514 nous fournit, en ses articles I, XVI et XVII de son Titre premier intitulé *«Des fiefs et juridiction haute, moyenne et basse ... »*, une indication claire sur l'étendue respective de la basse, moyenne et haute justice, la «coutume» de Paris de 1580 n'en fournit aucune dans son Titre premier consacré également aux fiefs. De nouveau seule une analyse détaillées de cas spécifiques permettra de dire dans quelle mesure l'une ou l'autre «coutume» est effectivement appliquée en Acadie.

³³ Voir Marsaud M., *L'étranger qui dérange: le procès de sorcellerie de Jean Campagna*, thèse de maîtrises ès Arts, 1993 [non publiée].

On ne peut s'empêcher d'être surpris que ces divers hommes de robe et «justiciers» n'aient laissé pratiquement aucune trace de leur activité. La réponse, facile, est que toutes les archives ont été détruites à l'occasion des guerres ou d'accidents comme cet incendie de la maison du notaire Loppinot dont un autre officier de justice établit la triste réalité.³⁴ J'avoue que cette explication ne me convainc pas entièrement. Une autre explication tiendrait à l'incapacité des personnes en cause à remplir leurs fonctions, que cette incapacité soit physique ou tienne à leur manque de formation. C'est ce que semble indiquer F.-M. Perrot, gouverneur de l'Acadie, dans un rapport datant de 1686. Il estime que «*les juges establys en ce país ne sont pas en estat de rendre justice. Le Lieutenant Général a 80 ans, et est sourd; et le Procureur du Roy et le Greffier sont des ygnorans qui ne savent rien du tout.*»³⁵ Une dernière explication de cette carence d'archives judiciaires réside peut-être dans l'existence de fonds spécifiquement judiciaires ayant échappé à la sagacité des responsables du rassemblement des archives relatives à l'Acadie et déposées au Centre d'Études acadiennes de l'Université de Moncton. Enfin ne faudrait-il pas explorer—à supposer qu'ils existent, ce que je ne sais pas encore—les fonds des intendants de Québec auxquels De Goutin se plaint que Meneval renvoie tous les procès, ruinant ainsi quelques familles par les dépenses qui en résultent.³⁶

D'autres archives, notariales celles-là, n'ont peut-être pas été complètement exploitées. L'une des caractéristiques des fonds notariaux est leur transfert de notaire à notaire au fil du temps. Or nous savons que lorsque l'un de nos notaires, Jean Duon, quitte l'Acadie, il remet au moins une quarantaine de documents à un notaire anglais, John Adams qui est chargé de les enregistrer.³⁷ Nous sommes donc renvoyés aux papiers de celui-ci et des «notaries publick» qui l'ont suivi dans sa charge. La période française s'articule ainsi directement sur la période anglaise et vouloir séparer trop nettement l'une de l'autre serait apparemment une sérieuse erreur.

III. L'Acadie, terre de réceptions

L'implantation, dans l'espace acadien, des systèmes juridiques français et britannique à partir du début du XVII^e siècle l'inscrit dans la problématique, plus vaste, de l'expansion des droits européens hors de leur continent d'origine et donc du phénomène de *réception*.³⁸ Le matériau publié et accessible à l'occasion d'un

³⁴ Mathieu Desgoutins (ou de Goutin, selon l'orthographe adoptée par le *Dictionnaire biographique du Canada*) fait état de l'incendie de la maison de Loppinot dans une note annexée aux quelques actes du notaire qu'il a rassemblés vraisemblablement parce que le hasard a voulu qu'ils soient en sa possession au moment de l'incendie. L'ensemble, auquel j'aurai l'occasion d'encore me référer, était déposé au ministère de la France d'Outre-Mer (autrefois des Colonies) à Paris dans la série G3—Notariat sous le numéro G3 2040; il existe en microfilm au Centre d'Études acadiennes et fera prochainement l'objet d'une étude. Un des actes au moins du registre de Loppinot a été publié par Murdoch, *supra* note 28 à la p. 297.

³⁵ *Supra* note 18, vol. 1 à la pg. 365.

³⁶ Rameau de Saint-Père, *supra* note 29, vol. 2 à la p. 324.

³⁷ NSA, vol. 3 à la p. 88.

³⁸ Sur cette problématique, voir notamment les actes du Premier colloque juridique international de Moncton, *La réception des systèmes juridiques—Implantation et destin*, Bruylant, Bruxelles, 1994, organisé conjointement par le Centre d'Étude de la Common Law en Français de l'École de Droit de

premier survol de la matière ouvre, dans ce domaine, des perspectives comparatives, tant micro- que macro-historiques pleines d'intérêt. De toute évidence le développement du droit en Acadie s'inscrit dans une problématique familière à l'historien du droit européen et français en particulier, ainsi qu'à toute personne intéressée par l'histoire de l'expansion des droits européens outre-mer.³⁹

Ce qui nous intéresse à ce niveau n'est cependant pas tellement le contenu du droit, mais le système qui le caractérise, c'est-à-dire les différents modes de production utilisés à l'intérieur d'un système déterminé. De manière schématique, on peut dire que le mode de production des premières nations était coutumier, celui des Français législatif et celui des Britanniques jurisprudentiel.

Commençons par un constat: nous disposons de quelques données sur la rencontre du système juridique français avec celui des premières nations installées au pays. Les travaux de Bailey⁴⁰ sont particulièrement intéressants à cet égard. Ils portent en effet sur la rencontre des deux cultures, l'indienne et la française. Certes, ils exigent une relecture avec l'oeil du juriste et la mise au point de certains détails, mais ce que révèlent cet auteur sur la dynamique qui résulte de la rencontre des deux systèmes au sein de l'un comme de l'autre, est fort intéressant et évoque immédiatement pour le comparatiste des rapprochements avec l'action d'autres missions dans d'autres colonies.

Pour reprendre l'exemple des Algonquins, la pratique de la polygynie fut la plus difficile à faire disparaître. Ils estiment en effet que l'état de célibat n'a pas de sens aux yeux de leurs femmes, dans le cas où un homme marié est abandonné ou abandonne sa femme. «*Vivre parmi nous sans femme est vivre sans assistance, sans maison, et être condamné à l'errance.*»⁴¹ Il semble donc que la pratique se soit perpétuée longtemps après le départ des missionnaires. Les Amérindiens n'ont d'ailleurs pas attendu leur départ pour demeurer polygynes malgré le baptême, même lorsque celui-ci avait eu lieu en France; l'un de leurs chefs ne répond-il pas à un missionnaire que la monogamie «*est bon[ne] pour vous autres Normans,*» tandis que son interlocuteur conclut, désabusé: «*Aussi ne voit-on guères de changement en iceux après le baptême.*»⁴² Quant à l'indissolubilité du mariage, qui était en conflit direct avec la tradition algonquine, elle aboutit à une dégradation significative de la condition de la femme algonquine mariée religieusement dans la mesure où, si son mariage «*tournait mal,*» elle devait affronter la prison ou les fers sans nourriture pendant plusieurs jours si elle quittait son mari.⁴³ Soulignons seulement qu'en l'espèce, le mariage algonquin était une institution fort stable en raison de facteurs

l'Université de Moncton et le Centre de Droit comparé et d'Histoire du Droit de l'Université libre de Bruxelles.

³⁹ Voir Vanderlinden J., «La double colonisation juridique de l'Acadie aux XVIIe et XVIIIe siècles—Aperçus d'histoire coloniale comparée» dans le *Bulletin des Séances* de l'Académie royale des Sciences d'Outre-Mer de Belgique, (1993).

⁴⁰ Bailey A.G., *The Conflict of European and Eastern Algonkian Cultures, 1504–1700: A Study in Canadian Civilization*, St John, New Brunswick Museum, 1937.

⁴¹ *Ibid.*, à la p. 105.

⁴² Campeau, *éd.*, *supra* note 13, à la p. 142.

⁴³ Bailey, *supra* note 40 à la p. 104.

propres à la société indienne, comme, par exemple, l'importance des cadeaux échangés au moment du mariage et que personne ne souhaite restituer ou encore le poids de l'opinion des familles.

En outre, à partir du deuxième quart du XVII^e siècle, la position du conquérant est relativement claire sur un point: tous les Indiens christianisés, sont, aux termes de l'article (16) de la Déclaration-Édit d'établissement de la Compagnie des Cent-Associés de mai 1628, désormais «*censés et réputés pour naturels François, et comme tels [peuvent] venir habiter en France, quand bon leur semblera et y acquérir, tester, succéder, accepter donations et legs tout ainsi que les vrais régnicoles et naturels français, sans être tenus de prendre aucune lettre de déclaration ni de naturalité.*»⁴⁴ Cet article fut repris dans des textes ultérieurs, comme l'édit du 28 mai 1664 portant établissement de la Compagnie des Indes occidentales⁴⁵.

Mais qu'advient-il des autres, les non chrétiens, et plus particulièrement de ceux engagés dans d'éventuels conflits de droit résultant des contacts à incidence juridique entre Indiens et Français? Mystère, du moins à ce stade de nos investigations. Étant bien entendu qu'il est toujours facile d'avancer des hypothèses du genre: «la loi de la poudre est toujours plus forte que celle de l'arc et des flèches!» Seule une lecture attentive des récits d'époque et de l'abondante correspondance missionnaire pourra peut-être nous éclairer sur cet aspect d'un premier droit international privé de l'Acadie.

Lorsqu'on parle de droit français à l'époque, il convient enfin d'être prudent.

Certes, en matière de droit public, on peut penser que le développement du pouvoir royal, sous Louis XI d'abord un siècle plus tôt, sous Louis XIII ensuite, lorsque notre histoire commence, confère à la loi, instrument de production du droit, un rang important en tant que source de droit; la commission d'Henri IV à de Monts semble claire sur ce point puisqu'elle lui confère le pouvoir de légiférer par «*loix, statuts et ordonnances.*»⁴⁶ Ne perdons cependant pas de vue que la législation royale est encore éparse, est souvent mal connue en France même, n'a guère fait l'objet de recueils officiels (le premier recueil officiel est celui de Barnabé Brisson connu sous le nom de *Code Henri III*, qui vient d'être publié dans les dernières années du XVI^e siècle) et qu'enfin, en matière de droit privé, la diversité est la règle en France, puisque l'on a procédé, tout au long du XVI^e siècle à la mise au point d'un corpus de coutumes rédigées ou «réformées», lequel a figé la dynamique coutumière antérieure, mais l'a figée dans sa pluralité, créant ainsi de «fausses» coutumes qui sont bien davantage des lois,⁴⁷ que des coutumes.

⁴⁴ Isambert, *Recueil général des anciens lois françaises*, vol. 16, à la p. 122.

⁴⁵ A l'art. XXXV de cet édit. *Mémoire des Commissaires*, *supra* note 19, t. 2, à la p. 566.

⁴⁶ Lescarbot M., *supra* note 32, vol. 1 à la p. 411. Une disposition identique se retrouve, entre autres, en 1647 dans les lettres patentes accordées à d'Aulnay et en 1653 dans la commission nommant N. Denys gouverneur de l'Acadie. Voir *Collection de documents*, t. 1, *supra* note 18 aux pp. 122 et 142.

⁴⁷ Sur la rédaction des coutumes, voir Vanderlinden J., «La coutume en France après la rédaction des coutumes» *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire comparative des Institutions*, vol. 53, Bruxelles 1990, aux pp. 271-293.

Cette pluralité (j'insiste sur ce terme à ne pas confondre avec *pluralisme* dont il sera question ultérieurement) juridique, qui devait nécessairement être celle des colons nord-américains, mais aussi de tous leurs congénères émigrant vers d'autres continents, la Couronne, éprise de centralisation et d'unité, a entendu la faire disparaître en y substituant non un droit français, encore en gestation à l'époque, mais bien la «fausse» coutume⁴⁸ de Paris; ceci apparaît sans ambiguïté sous Louis XIV dans l'article XXXIV de l'Edit du 28 mai 1664 portant établissement de la Compagnie des Indes occidentales.⁴⁹ La «coutume» de Paris bénéficiait à l'époque, en France, d'un statut privilégié, notamment en cas d'absence ou de conflits de «coutumes.» Mais il est vrai également que là où la coutume était silencieuse ou obscure, l'usage, comme on l'appelait à l'époque—le terme coutume étant réservé aux «fausses coutumes,» rédigées et officialisées par le souverain,—avait sa place reconnue dans le système juridique.

Cette diffusion de la «coutume» de Paris, que nous rencontrons également dans le Canada voisin a cependant de quoi intriguer. En effet quiconque s'est donné la peine d'en prendre connaissance se rend compte qu'il s'agit d'un droit régissant essentiellement les problèmes d'une civilisation urbaine et de son hinterland immédiat. Dans quelle mesure pourra-t-elle être appliquée dans les communautés rurales de ce qui deviendra le Canada?

Tout d'abord le peuplement de l'Acadie était loin d'être exclusivement «parisien.» Au contraire même, on parle fréquemment d'un peuplement principalement poitevin ou charentais. Peut-on croire que les paysans—qui quittaient la France et n'avaient de la coutume de Paris qu'une idée vague (à supposer qu'ils en aient une)—allaient, sur un simple prescrit royal qui ne leur est pas directement notifié, modifier leur environnement juridique en adoptant une autre «coutume» que celle qui était la leur depuis leur naissance?

Dans quelle mesure ensuite répond-elle aux besoins de la société rurale expatriée et, plus particulièrement, pour ne prendre qu'un exemple, à la technique agricole de l'aboiteau, caractéristique de l'économie rurale acadienne. Importée de France et inspirée de la méthode de création de marais salants, au sujet de laquelle Campbell et Cormier émettent des opinions différentes quant au régime des terres asséchées grâce à cette technique particulière; selon l'un,⁵⁰ elles seraient tirées au sort «comme la place à l'église,» tandis que l'autre⁵¹ ne semble pas se prononcer sur la manière dont, après un travail en commun, se répartissaient les parts de pré.

Enfin peut-on croire que, loin des contraintes que les partisans du droit écrit faisaient peser sur l'usage en France, celui-ci (ou plutôt ceux-ci en raison du caractère

⁴⁸ Pour alléger l'écriture, je mettrai le mot coutume entre guillemets («coutume»), chaque fois qu'il s'agira d'une «fausse» coutume, c'est-à-dire d'une coutume rédigée officiellement et ayant été promulguée par le roi de France.

⁴⁹ «Seront les Juges établis en tous lesdits lieux tenus de juger suivant les loix et ordonnances du Royaume, & les Officiers de suivre & se conformer à la coutume de la prévôté & vicomté de Paris, suivant laquelle les habitants pourront contracter sans que l'on puisse y introduire aucune autre coutume pour éviter la diversité.» *Mémoires des Commissaires, op cit.* note 19, tome, p. 566.

⁵⁰ *Supra* note 23 à la p. 82.

⁵¹ *Supra* note 24 aux pp. 73–77.

composite de l'émigration) n'allait pas resurgir sur le terreau nouveau que lui offrait l'Amérique? Naîtrait ainsi, à côté de ce que j'appellerais, puisqu'elles sont écrites, de «coutumes» locales importées par chacun des émigrants en fonction de son lieu de départ et d'une «coutume» imposée par la monarchie par souci d'efficacité, une («vraie») coutume que l'on pourrait alors qualifier d'acadienne. Une fois encore il s'agit d'impressions que seule l'étude permettra d'infirmier ou de confirmer.

J'ai cité l'exemple des aboiteaux et il me paraît parfaitement clair. Il s'agit là d'une pratique nouvelle, qui a certes des équivalents dans la technique des marais salants sur le littoral charentais de l'Atlantique français, mais les coutumes rédigées de l'Aunis, du Poitou ou de la Saintonge n'y font pas référence. La place est donc libre pour créer une coutume relative aux droits sur la terre résultant de ce «défrichement» de la mer. Si les auteurs ne nous éclairent guère (aucun des auteurs cités ne donne ses sources sur ce point et la question reste donc ouverte) sur la manière dont se répartissaient les prés résultant du travail en commun, Cormier est plus clair lorsqu'il traite⁵² de la construction et de l'entretien des digues et écrit que chacun «doit» contribuer à ces travaux et, en cas d'empêchement est tenu de fournir une compensation monétaire. N'est-ce pas là une coutume? Reste à déterminer son caractère juridique et donc la manière dont elle s'imposait aux habitants. Je suis convaincu que là n'est pas la seule occasion de voir naître du vécu social acadien d'autres «vraies» coutumes.

Autre exemple, emprunté au cadre de la Nouvelle-France, l'analyse des actes de la pratique montre clairement que celle-ci diffère de lieu à lieu. L'étude des contrats de mariage conclus à Port-Royal, à l'île royale et à l'île Saint-Jean révèle des différences significatives entre ces trois endroits.⁵³ Et il est vraisemblable qu'une extension de la comparaison au Québec révélerait de nouvelles différences.

Quoiqu'il en soit, nous avons aussi des traces d'application directe de la «coutume» de Paris en Acadie, qu'il s'agisse, pour ne citer que deux exemples, des formalités prescrites pour la validité d'un testament officiel (art. 289 de la coutume réformée de Paris de 1580) ou du retrait lignager (art. 129 de la même coutume). Elles se situent dans la période anglaise mais nous n'avons aucune raison de croire que la «coutume» invoquée à ce moment ne l'ait pas été, le cas échéant, pendant la période française.

Nous possédons en outre, à défaut d'application directe de la «coutume» de Paris, des références à l'obligation de l'appliquer dans de nombreux actes passés à Port-Royal par le notaire Loppinot. Resterait à analyser ces actes pour voir dans quelle mesure ils reflètent effectivement le droit de la «coutume» de Paris.⁵⁴

Cependant, je souhaiterais apporter à ce qui vient d'être écrit un sérieux tempérament. Si, en effet, le testament solennel et le retrait lignager en cause sont parfaite-

⁵² *Ibid.*, à la p. 76.

⁵³ Une étudiante de l'École de Droit de l'Université de Moncton, Mlle B. Volpe, a relevé plus de 250 de ces contrats et a en a mis à jour les différences; nous espérons pouvoir publier prochainement une étude sur les contrats de mariage à Port Royale.

⁵⁴ Fidèle aux automatismes chers à la pratique notariale, Loppinot utilise le plus souvent une clause-type du genre: «... suivant et au désir de la Coutume de Paris nonobstant toutes coutumes à ce contraires auxquelles a été par exprès renoncé et dérogé.» Voir *supra* note 34.

ment conformes à la «coutume» de Paris, ils le sont également à celle du Poitou, pour ne prendre qu'un exemple d'une «coutume» ayant vraisemblablement été également importée en Acadie. Rien ne permet donc d'en conclure que c'est nécessairement la «coutume» de Paris qui est effectivement appliquée. Pour nous en assurer, nous devrions rencontrer une espèce où celle-ci présente une réelle originalité par rapport au «droit commun de la France» déjà en gestation à l'époque.

Toutefois, s'il s'avérait exact que le vécu juridique des Acadiens, aussi bien pendant la période française que pendant les cinquante ans précédant le Dérangement, a été essentiellement coutumier—au sens qu'il aurait été régi principalement par une «vraie» coutume acadienne—il est clair que la tâche de l'historien du droit n'en serait pas facilitée. Faute d'écrits juridiques s'apparentant aux «coutumiers» de l'ancienne France, écrits dont rien jusqu'à présent n'indique l'existence, il lui faudra plonger dans toutes espèces de sources historiques, biographies, correspondance, officielle ou non, récits de voyage, pour essayer d'appréhender ce droit. Les premiers sondages en direction des quelques documents de cette nature qui ont été publiés nous ouvrent en effet des lucarnes, davantage que des fenêtres, voire des portes-fenêtres, sur l'histoire du droit en Acadie.

Ne parlons pas de la jurisprudence ou de la doctrine en tant que sources du droit à l'époque en Acadie. Pour la première, nous ne possédons aucune trace de jugements rendus en Acadie pendant la période française. Quant à la seconde, il semble, à défaut de posséder des indications sur le contenu des bibliothèques de l'époque, qu'elle se présente essentiellement sous sa forme orale, celle des «diseurs de droit» que nous retrouvons en la personne de Prudent Robichaud, questionné à l'époque anglaise sur le contenu de la coutume appliquée par les Français.

Lorsque le traité d'Utrecht confie l'Acadie à la Couronne britannique, un demi-siècle de réception d'un nouveau système est inauguré. La *common law* entre en scène comme elle apparaît un peu partout dans le monde se superposant aux droits espagnol, hollandais, portugais et aussi à ceux de moindres puissances coloniales comme le Danemark. A ce moment, le droit anglais—car c'est bien de lui qu'il s'agit malgré la création récente du Royaume Uni de Grande-Bretagne par la Loi d'Union—possède déjà une doctrine en matière de cohabitation des systèmes juridiques «civilisés.» Elle est formulée dans l'affaire Calvin qui date de 1608.⁵⁵

Aux termes de l'arrêt rendu en l'occurrence, lorsque le roi d'Angleterre conquiert les possessions d'un souverain païen, il substitue au droit local le droit anglais. Par contre, s'il conquiert le royaume d'un souverain chrétien, les habitants conservent leur droit jusqu'à ce que la Couronne anglaise décide de le remplacer par un droit nouveau, qu'il soit ou non celui de l'Angleterre. Vis-à-vis des autochtones, qui sont transférés sous l'imperium britannique par le traité d'Utrecht aussi bien que les Acadiens, la solution est simple: leurs droits disparaissent. En ce qui concerne les Français, leur droit reste en vigueur jusqu'à modification.

Selon Bastarache,⁵⁶ les Anglais auraient introduit le droit anglais «dans son ensemble» dès 1719 dans leur nouvelle colonie. Avec tout le respect dû à l'un des

⁵⁵ 7 Co. Rep. 17b.

⁵⁶ Bastarache M., «Droits linguistiques et culturels des Acadiens de 1713 à nos jours» *Les Acadiens des Maritimes* aux pp. 371-417, à la p. 372.

pionniers de la science juridique dans l'Acadie contemporaine, mon impression,—et je souligne l'importance du terme en cette occurrence,—est quelque peu différente. Les affaires judiciaires de nature privée portées devant le Conseil du gouverneur britannique montrent en effet fréquemment un réel souci de prendre en compte le droit des habitants. Sans doute l'attitude des gouverneurs varie-t-elle en fonction de leur personnalité, mais les éléments disponibles ne me paraissent pas justifier une prise de position aussi radicale que celle adoptée dans *Les Acadiens des Maritimes*. Je tiens à préciser que je parle essentiellement du droit privé. Tout ce qui touche au droit public, par contre, est considéré comme relevant de l'*imperium*, et est, par conséquent, régi par le droit public. De nouveau il y a là matière à approfondissement. L'approfondissement de la période anglaise avant le Dérangement s'impose d'autant plus que nous possédons des indications quant aux redevances qui continuent à être perçues pour l'occupation de certaines terres. L'un de nos notaires, Jean Duon, comme Prudent Robichaud d'ailleurs, présente ainsi au Conseil des comptes précis des sommes qu'il perçoit «pour le Roy,»⁵⁷ d'Angleterre bien entendu. Signe des temps, cependant, le «seigneur» n'est plus français et l'unité de compte monétaire est devenue le shilling; il serait intéressant, entre autres, de comparer ces redevances à celles de la période antérieure.

IV. L'Acadien, sujet de droits

Pendant le demi-siècle de présence anglaise précédant le Dérangement, l'Acadien apparaît, en maintes circonstances, comme un sujet de droits et donc comme un exemple particulièrement intéressant de pluralisme juridique.⁵⁸

Divers auteurs donnent des indications en ce sens,⁵⁹ mais le plus bel exemple s'en trouve dans le très intéressant article consacré par Basque à l'affaire Broussard.⁶⁰

Dans ces différentes situations de pluralisme, l'habitant de l'Acadie se trouve être fréquemment le point de convergence de plusieurs systèmes juridiques; leur nombre varie selon les matières et selon la période que l'on considère.

En matière matrimoniale, ces systèmes sont deux pendant la période française: ce sont celui de l'Eglise et celui de la jurisprudence des parlements de France contre l'Eglise; il ne faut en effet pas perdre de vue qu'en matière matrimoniale la «coutume» de Paris est silencieuse, et pour cause. Dans toutes les autres matières s'affrontent, pendant la même période, la «coutume» de Paris, la «coutume» amenée par chaque Acadien de son «pays» d'origine et une éventuelle «vraie» coutume acadienne. Aux deux systèmes s'affrontant en matière matrimoniale et aux trois s'affrontant dans le reste du droit privé vient s'ajouter, à partir de 1713, la *common law* importée par le colonisateur anglais et qui, bien qu'elle ne soit pas supposée

⁵⁷ NSA, vol. 4 aux pp. 22–23 et 24–25.

⁵⁸ Sur la notion de pluralisme juridique, voir Vanderlinden J., «Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique» (1993) 18 *Droit prospectif* aux pp. 573–583.

⁵⁹ Voir Daigle J., «L'Acadie, 1604–1763. Synthèse historique» dans *Les Acadiens des Maritimes*, Moncton, Centre d'Etudes acadiennes, 1980, aux pp. 17–48 et Barnes, *supra* note 20, *The Daily Cry* à la p. 29.

⁶⁰ Voir note 21.

s'appliquer en matière de droit privé, pourrait néanmoins l'être en vertu de circonstances particulières.

Ceci en ce qui concerne le fond du droit. La situation est identique en ce qui concerne l'instance devant laquelle porter éventuellement un litige: la famille, le curé ou la juridiction officielle, qu'elle soit anglaise ou française. Les indications à ce sujet sont nombreuses dans la littérature secondaire.

Que ce soit en ce qui concerne le droit adjectif ou le droit substantif, chacun des systèmes ainsi mis en présence a vocation, dans le totalitarisme qui est le sien, à connaître des problèmes qui se posent à l'Acadien et celui-ci est donc constamment invité à un «magasinage de for» (en anglais *forum shopping*) entre trois juridictions et, par conséquent, à un «magasinage de droit,» plus large en certains cas, en fonction de son intérêt et, plus particulièrement, comme le démontre lumineusement Basque, en fonction de sa place dans la société acadienne.

Mais y a-t-il bien en pareilles occurrences une société acadienne; je n'en sais rien encore. Mon propos n'est évidemment pas, en ces circonstances, d'entrer dans la controverse sur l'existence historique de l'identité acadienne; je n'en ai pas l'envie, pas plus que je possède les qualifications requises à cette fin. Je souhaiterais seulement souligner que la période anglaise (mais aussi la période française lorsque les Acadiens choisissent éventuellement en matière matrimoniale entre un «arbitrage» familial, donc coutumier, et le droit du curé qui, les témoignages à ce sujet sont également clairs, apparaît souvent comme tyrannique⁶¹ se présente à l'historien du droit comme extrêmement fluide sans qu'il soit possible de décider sans autres précautions que l'un ou l'autre système juridique s'impose aux autres de manière décisive.

Qu'est-ce que, dans ces circonstances, le droit acadien? C'est pourquoi j'ai provisoirement préféré utiliser dans le titre de cet essai l'expression «l'histoire du droit en Acadie,» plutôt que l'histoire du droit acadien. A moins précisément que l'originalité et la personnalité de ce droit acadien soit précisément constitués par ce pluralisme juridique et par l'attitude souple consistant à tirer parti de tous les systèmes disponibles sans en privilégier jamais aucun.

Pendant la période anglaise, nombreux semblent d'ailleurs être les «notables» qui se montrent disposés à «jouer le jeu» du pouvoir anglais.⁶² Pour mieux le tromper? En espérant consolider leur base de pouvoir traditionnelle? Avec un réel désir de «collaborer»? Qui sait? Peut-être avec de tout un peu. Que cette ambiguïté dans les comportements, qui est la caractéristique de tout système colonial, contribue à rendre plus floue l'image que nous pouvons nous faire du droit applicable en Acadie à l'époque tombe sous le sens. Espérons que des recherches ultérieures pourront aboutir à une mise au point progressive de cette image dont je veux seulement souligner ici l'équivocité.

⁶¹ Voir une lettre de De Goutin à un inconnu, citée dans Rameau de Saint Père, *supra* note 29, vol. 2, à la p. 333.

⁶² Voir, par exemple, le commissionnement de Prudent Robichaud Senior en qualité de Justice of the Peace à Annapolis Royal en 1727, *NSA*, vol. 2, à la p. 172.

V. Droit du peuple ou des juristes?

Une autre question est de se demander à quoi exactement correspondait l'inflation, déjà constatée, de titres et donc de fonctions. Peut-être à rien du tout de réel dans la vie du droit. Apparaît ici de nouveau le divorce susceptible d'exister entre l'image que le droit (ou plutôt les juristes) aiment donner d'eux-mêmes et la manière dont le perçoivent et le vivent les justiciables. De nombreux auteurs soulignent en effet l'importance des structures familiales dans la société de l'époque. Celle-ci nous apparaît, sans que s'attache à l'adjectif aucune connotation péjorative, comme patriarcale. Si tel est bien le cas, quelle est la part des conflits juridiques qui se règle en famille et quelle part arrive à la connaissance des juridictions officielles? C'est là une problématique bien connue des historiens des droits coloniaux et l'Acadie s'inscrit à nouveau, sur ce point, dans une réflexion universelle, qui est particulièrement d'actualité pendant la période anglaise.⁶³

Ceci nous ramène aux sources du droit et à la dimension comparative de l'étude du droit en Acadie. Entre les juristes, dont font partie les Chiennet du Breuil, Courand, Loppinot, Melanson, Mius d'Entremont (tous procureurs et pour deux d'entre eux également notaires), Boudrot et De Goutin (lieutenants), Theriot (notre seul juge jusqu'à présent), Laumet de Lamothe de Cadillac (greffier et notaire), Bourg ou autre Duon (notaires) d'une part et le «petit peuple» acadien, d'autre part, entre le droit écrit des juristes et la coutume des individus, membres des communautés, devait exister cet écart, voire cet antagonisme que j'ai cru pouvoir constater dans l'évolution du droit français comme dans celle des droits africains contemporains⁶⁴: d'un côté des personnes éduquées (rien dans ce que j'en sais jusqu'à présent ne permet de dire si cette éducation dépassait la lecture ou l'écriture pour s'étendre à une quelconque formation juridique⁶⁵); de l'autre une population analphabète dont nombre d'auteurs affirment qu'elle vivait davantage à une échelle familiale de type patriarcal plutôt que dans un État de droit représenté par les premiers nommés.

Les choses se compliquent lorsqu'on sait que les rois de France n'ont jamais mis en place en Acadie de cour souveraine ou parlement susceptible d'accueillir les recours des sujets contre les décisions de toutes les juridictions sans exception aucune, l'appel comme d'abus étant toujours possible auprès de la juridiction royale des décisions des cours ecclésiastiques (on en trouve des exemples à Québec). La voie de recours existe cependant, sur le papier, en 1632, puisque la concession de la Compagnie de la Nouvelle-France à Razilly, du 19 mai de cette année, prévoit «*que les appellations du juge qui sera établi esdits lieux par ledit sieur de Razilly, ressortiront nuement à la cour & justice souveraine qui sera ci-après établie au sault Saint-Louis ou ailleurs.*»⁶⁶

⁶³ Daigle, *supra* note 59 à la p. 42.

⁶⁴ «Le juge et la coutume, un couple impossible?» dans *Actes du Cinquantenaire du CEMUBAC*, Bruxelles 1988, aux pp. 249–254.

⁶⁵ Seul Lescarbot nous est connu comme juriste, mais aussi comme un juriste dégoûté de sa discipline au point que son *Histoire de la Nouvelle France* ne contient aucune référence à la vie juridique d'un pays au sujet duquel il est par ailleurs prolix.

⁶⁶ *Supra* note 19, t. 2, à la p. 707.

A partir de 1663, cet «ailleurs» deviendra Québec avec la création du Conseil souverain de la Nouvelle-France, lequel a compétence sur l'Acadie.

Première remarque à ce sujet. A l'époque introduire un recours devant le Conseil n'était pas une mince affaire en raison de la distance —un millier de kilomètres par voie de terre—séparant son siège de l'Acadie.⁶⁷ En fait fort peu de gens faisaient le voyage par terre en raison des obstacles naturels qu'il présentait et la voie maritime était la plus normale. Il fallait donc qu'un vaisseau fût disponible, que la mer fût libre de glaces, qu'il fit le tour de l'actuelle Nouvelle-Écosse (à moins d'embarquer après avoir traversé à pied ou à cheval l'isthme de Beaubassin) et remontât le détroit de Northumberland, puis le Saint-Laurent avant de rejoindre enfin Québec. L'absence qui en résultait pour l'économie familiale était ruineuse et il fallait, pour s'obstiner judiciairement à ce point, avoir vraiment l'esprit procédurier. Mais il est vrai que, même au moyen âge nous avons en France, aussi rude soit la saison, des exemples de déplacements du fond de la province vers Paris pour demander justice et nous avons vu que tel avait été le cas pour Lamothe Cadillac⁶⁸; mais l'intéressé n'est-il pas greffier et notaire! Existe-t-il, outre ce cas pour lequel il convient de souligner que le défendeur résidait à Québec, dans les *Jugements et délibérations du Conseil souverain de la Nouvelle-France*, des traces de litiges survenus dans la province méridionale? Encore une voie à explorer. Disons simplement qu'à ce stade de nos investigations, un coup d'œil cursif sur l'index de ces volumes ne fait guère apparaître de noms de parties qui fleurent le terroir acadien.

Pendant la période anglaise, les choses sont plus claires. Le gouverneur en conseil se trouve au sommet de la hiérarchie judiciaire; il semble même qu'il n'existait pas d'appel de ses décisions auprès du Conseil privé à Londres.⁶⁹ Cependant s'il est ainsi, en Acadie, la «source ultime de justice,» il y constitue également la base de l'organisation judiciaire. Le gouverneur en conseil est la première et la dernière instance de l'Acadie anglaise. Ne perdons pas de vue qu'il gouverne 1.500 Acadiens et quelques centaines de Britanniques, des militaires pour la plupart. Une statistique judiciaire, établie sur six ans, de 1731 à 1736, reflète cette proportion puisque sur 99 affaires civiles traitées, 71 mettent en cause des Acadiens, 24 des Britanniques, et 4 sont des litiges «mixtes» opposant les uns aux autres.⁷⁰

Cette statistique ne doit pas cependant nous donner l'illusion que nous disposons de 71 jugements susceptibles de nous informer complètement sur le droit appliqué aux Acadiens pendant la période anglaise. Très souvent un litige n'est rapporté dans les compte-rendus du Conseil qu'en deux ou trois lignes qui posent davantage de problèmes qu'elles n'en résolvent.

⁶⁷ Le souci d'améliorer les relations, terrestres surtout, entre le chef-lieu de la Nouvelle-France et l'Acadie apparaît, dès 1670, dans divers documents de la période. Voir, notamment, *supra* note 18, vol. 1, aux pp. 195, 209, 213 et 301.

⁶⁸ *Supra* note 5.

⁶⁹ Barnes, *supra* note 20, *The Daily Cry* à la p. 16.

⁷⁰ *Ibid.*, à la p. 18.

VI. Ne négligeons pas les juristes locaux.

La documentation publiée nous fournit quelques indications sur ce que pouvait être le rôle des «juristes» dans la pratique quotidienne du droit.

Au premier rang de ceux-ci, pendant la période française, figurent les notaires, auxquels il a déjà été fréquemment fait allusion et qui sont indiscutablement des personnes ayant des connaissances en droit et susceptibles de les transmettre à leurs clients à l'occasion de leur pratique. Qui plus est, les notaires gardent généralement trace des actes qu'ils passent. Ces actes de la pratique sont parfois ignorés de la plupart des juristes lorsqu'ils étudient les sources du droit; ils ne possèdent en effet pas le caractère général et permanent qui caractérisent, dans la doctrine française contemporaine et «orthodoxe» la source, génératrice de règles de droit. Chacun sait, par contre, qu'ils sont le pain bénit des historiens du droit; ne les négligeons donc pas.

Pendant la période française, Jacques Courand, notre «procureur fiscal et notaire,» passe des actes, notamment de bail à ferme, qui ont dû être enregistrés dans un «terrier» (il ne s'agit évidemment pas de celui du lièvre ou du renard, mais bien d'un registre foncier dont le nom est parfaitement clair)⁷¹ et peut-être recopiés ultérieurement dans les livres d'actes (*Register Book of Deeds*) mis en place par l'administration anglaise.

Pour la période anglaise, il est vraisemblable que le *Register Book of Deeds* précité nous éclairera non seulement sur la pratique d'époque, mais aussi sur celle de la période française dans la mesure où il «réciterait» éventuellement l'histoire des terres qui font l'objet de la transaction; ne perdons pas de vue que certains notaires anglais ont en leur possession les archives de leurs collègues français.⁷²

Le «terrier» n'est d'ailleurs pas seulement un registre; il contient également souvent des plans. Ceux-ci, comme les *plats*, utilisés notamment en Caroline du Sud en matière foncière, permettent d'appréhender de manière globale l'organisation juridique de l'espace foncier, notamment en ce qui concerne l'existence de «terres communes.»⁷³ Or, de celles-ci, il est question en Acadie. Non seulement nous avons vu que Cormier y voit le régime propre aux terres résultant de l'utilisation de la technique de l'aboiteau, mais encore le gouverneur d'Aulnay aurait constitué un «pré communal» autour de l'Eglise de Port-Royal—pré dont la fonction est bien connue de tous les spécialistes des terres communes⁷⁴: pâture, assemblées, amusements⁷⁵—tandis qu'un *common* aurait existé aux Mines, terrain sur lequel, autre fonction tout aussi familière, les habitants prélevaient le bois indispensable à leurs

⁷¹ L'existence du «terrier» à Port-Royal est attestée dans différents documents d'époque. Voir Rameau de Saint Père, *supra* note 29, vol. 2, aux pp. 341 et 344.

⁷² *Supra* note 37.

⁷³ Sur ce point, voir Vanderlinden J., «Terres communes en Caroline du Sud» *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire comparative des Institutions*, vol. 44, Paris, 1987, aux pp. 599-618.

⁷⁴ Voir notamment, Vanderlinden J., «Terres à l'usage et sous contrôle de la communauté» *Revue de l'Institut de Sociologie*, 1973, aux pp. 439 et 487.

⁷⁵ Rameau de Saint Père, *supra* note 29, vol. 2, à la p.112.

besoins journaliers.⁷⁶ Ce dernier espace commun, au contraire du précédent, ne semble pas être de création législative, à supposer que ce soit effectivement d'Aulnay qui l'ait «créé»; il a pu tout aussi bien «reconnaître» une création coutumière, la loi étant, dans ce cas, comme le plus souvent en France et en Angleterre au début du moyen âge, «déclarative» de droit préexistant plutôt que «constitutive» de droit nouveau.

Faisant un bond dans la période anglaise, la doctrine, source issue du savoir des «sachants» (je préfère ce néologisme tout relatif au mot «savant») se manifeste clairement en 1732 lorsque le Conseil britannique «pose la question à Prudent Robichaud Senior [de savoir] quelle était la coutume des habitants français dans de telles affaires»⁷⁷ et que l'intéressé éclaire le Conseil sur la nature du retrait lignager, vieille institution française ayant pour fonction de conserver dans les familles leur patrimoine immobilier.⁷⁸ Remarquons seulement que l'expert ne se réfère ni à aucun texte précis, ni à un article particulier de telle ou telle coutume. De toute évidence, il est, dans un système où l'écrit prévaut en principe, mais en principe seulement, ce que le moyen âge appelait de ce nom que je trouve hautement symbolique de «diseur de droit.»

Remarquons enfin que la doctrine n'intervient que parce que l'une des parties a porté le différend devant le Conseil britannique et aussi parce que le membre du Conseil «read in the civil law,» W. Skene,⁷⁹ doit probablement avouer son incompétence sur ce point particulier, qui ne relève pas du droit romain. La coutume, qu'elle soit ou non écrite, n'est donc pas connue et les parties nous fournissent à cette occasion un exemple de ce «magasinage de for» auquel j'ai fait allusion antérieurement. Cependant, si le Conseil accepte d'être saisi (sa compétence relève de l'ordre public), il n'en refuse pas moins le «magasinage de droit» et fait établir le droit des «ffrench Inhabitants» plutôt que d'appliquer la *common law* qui lui est certainement plus familière. L'affaire aurait-elle été portée devant ce «gouvernement parallèle» auquel Jean Daigle⁸⁰ fait allusion et auquel je suis convaincu que les Acadiens recouraient effectivement dans de nombreux cas, que la coutume du retrait lignager n'aurait sans doute pas dû être prouvée car chacun la connaissait.

Quant à la doctrine anglaise éventuellement utilisée par le gouverneur en conseil et par les quatre membres de celui-ci qui forment, très rapidement, un comité judiciaire du conseil, elle ne nous est pas davantage connue que la jurisprudence anglaise à laquelle ils se réfèrent éventuellement. Les décisions ne comportent aucune indication à ce sujet. Pour cette période, comme pour la précédente, on peut espérer que d'éventuels documents relatifs au contenu de la bibliothèque qu'aurait possédé l'une ou l'autre personnes «éduquée» nous fourniraient des éléments d'information. Il est cependant tout aussi vraisemblable que les «juristes» travaillaient sur

⁷⁶ NSA, vol. 2, à la p. 187.

⁷⁷ NSA, vol. 3 à la p. 237.

⁷⁸ Telle est en tout cas ma lecture des faits qui diffère de celle de Barnes, *supra* note 20, *The Daily Cry* à la p. 26. Pour la discussion de ce point, voir *infra* note 90.

⁷⁹ Sur Skene, voir *ibid.*, aux pp. 24–25.

⁸⁰ *Supra* note 59 à la p. 42.

leur acquis— s'agissait dès lors nécessairement de doctrine formulée oralement—bien plus que sur des ouvrages importés au pays.

VII. Connaître l'histoire du droit français

Dans la tâche extrêmement délicate d'identifier quel droit était effectivement appliqué en Acadie, particulièrement en matière privée, la seule démarche possible tient dans une analyse la plus précise possible des éléments que nous fournissent les textes. Cette analyse, doublée d'une comparaison avec les «coutumes» de France nous permettra, non seulement de mesurer le degré d'application de la «coutume» de Paris, mais encore d'éventuellement faire apparaître la coutume acadienne.

Cette démarche est encore plus importante pendant la période anglaise car elle doit nous permettre de nous prononcer sur le maintien en vigueur du droit français. Cependant, pendant cette période, les données en notre possession sont fréquemment elliptiques, ce qui requiert une prudence extrême dans l'identification des institutions en cause. La démarche requiert donc une familiarisation suffisante avec l'histoire du droit français de manière à ne pas courir le risque de reconnaissances d'identité hasardeuses. C'est ainsi que les ouvrages anciens d'histoire du droit canadien pendant la période française comprenaient de larges développements sur le droit français.⁸¹

Je n'en prendrai que trois exemples, tous empruntés à l'article, par ailleurs tellement novateur, de Barnes, « «The Daily Cry for Justice» .»⁸² En chacun d'eux, mon collègue identifie des institutions coutumières tout en s'abstenant prudemment, et sur ce point je lui donne entièrement raison, de les attribuer à telle ou telle coutume particulière.

Dans la première instance, il est question d'une succession et le texte en cause⁸³ dit: «*That the Widow Brusard be paid what Remains due for her part ...*»; le moins qu'on puisse dire est que ce n'est guère précis. Barnes en conclut qu'en cas de succession ab intestat on divisait les biens entre la veuve et les enfants. Il me semble qu'il s'avance là sur un terrain délicat. Il y a peu d'exemples (s'il en existe), dans l'ancien droit français, d'une division des biens d'un défunt entre sa femme et ses enfants. Au moment de l'ouverture de la succession, la femme conserve, à supposer qu'on soit en régime de communauté, une moitié de celle-ci, outre sa dot ou son douaire et ses propres, mais en aucun cas elle ne partage avec les enfants lesquels reçoivent l'entièreté du patrimoine du défunt, qu'il s'agisse de sa moitié de la communauté ou de ses propres, soustraction faite des dettes et des legs éventuels. Ce qui reste dû à la veuve Brossard sur la succession de son mari n'est donc pas le résultat d'une division de l'avoir successoral entre elle et ses enfants comme semble le dire Barnes.

⁸¹ Illustratifs de cette méthode sont Lareau E., *Histoire du droit canadien, vol. 1, Domination française*, Montréal, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1888; Lemieux R., *Les origines du droit franco-canadien*, Montréal, même éditeur, 1901 ou Testard de Montigny B.A., *Histoire du droit canadien*, Montréal, E. Senécal, 1869.

⁸² *Supra* note 20, *The Daily Cry* à la p. 26.

⁸³ *NSA*, vol.3 à la p. 100.

Dans le second, il est question d'une veuve Richard, dont il apparaît qu'elle est aussi appelée la veuve Brossard. Une rapide vérification dans *Histoire et généalogie des Acadiens des Maritimes* d'Arsenault⁸⁴ permet d'avancer l'hypothèse qu'il s'agit en l'occurrence de Catherine Richard (née en 1663), qui a épousé vers 1681 Jean-François Brossard (né en 1654) et que c'est sans doute la même personne que dans l'espèce précédente. Le problème posé est celui de la validité de son testament que le Conseil anglais admet en considérant trois témoins comme suffisants pour prouver ce qu'il appelle un testament nuncupatif.⁸⁵ Barnes y voit l'application par les juges britanniques de «*principes neutres*» dans la mesure où, écrit-il: «il n'est pas clair ... si le conseil l'a considéré comme «*valide en vertu du droit coutumier français ou du droit anglais, puisque tous deux dérivent de la même source canonique et exigent seulement deux ou trois témoins.*» J'ai le sentiment que mon collègue américain, qui est par ailleurs un pionnier de l'étude du droit acadien pendant la période anglaise, distingue une situation ambiguë là où il n'y en a pas.

Faisons d'abord justice de l'emploi de l'adjectif anglais *nuncupative* qui ne se réfère à aucune forme spécifique de testament, mais bien à tout testament oral. En se tournant par contre vers le droit français de l'époque, nous constatons que:

1) s'il s'agit effectivement d'un testament nuncupatif, celui-ci n'est pas d'origine canonique, mais bien romaine; en outre il exige en tout cas sept témoins; et enfin il n'apparaît que dans le Midi;

2) en pays de coutume par contre, existe un testament oral, d'inspiration canonique et n'exigeant que deux témoins. C'est vraisemblablement celui adopté par la défunte. Mais il ne peut alors être question de l'appeler nuncupatif au sens du droit français et la qualification que lui donnent, par assimilation à l'acte à cause de mort oral de leur droit, les juges anglais est tout simplement abusive, mais tout à fait excusable;

3) le troisième témoin nous pose problème. La difficulté n'est cependant qu'apparente si on essaie de les identifier tous les trois en utilisant à nouveau *Histoire et généalogie*. Deux d'entre eux sont des parents consanguins de la défunte et vraisemblablement Michel et René Richard de Beupré, ses neveux issus du mariage de son frère aîné Richard de Beupré avec Madeleine Landry. Quant au troisième, il s'appelle Jean Duon. Je propose de l'identifier comme Jean-Baptiste Duon, notaire à Port-Royal⁸⁶ et, du coup, tout s'explique. Le testament de la veuve Brossard a été passé devant notaire, et, en vertu des principes en vigueur en pays de coutumes, a été authentifié par deux témoins, ce qui en fait un testament **solennel** (et non nuncupatif) des plus classiques non seulement dans cette partie de la France, mais encore expressément prévu par l'article 289 de la «coutume» réformée de Paris de 1580.

⁸⁴ 6 vol., Leméac, 1976, dans le vol. 2, consacré à Port-Royal, aux pp.471-474 pour les Bro(u)ssard, et 752-767 pour les Richard.

⁸⁵ NSA, vol. 3, aux pp. 206 et 213.

⁸⁶ *Supra* note 84, vol. 2 à la p.535; Jean Duon quitte l'Acadie en 1725.

Dans le troisième exemple il est question, sans qu'il soit nommé, d'un retrait lignager. Barnes me paraît ici confondre retrait lignager et vente à réméré. L'institution de la vente à réméré, connue du Code civil, n'est guère pratiquée à l'époque dans le contexte successoral qui est celui de l'espèce en cause⁸⁷ alors que le retrait lignager était courant et que la formulation qu'en donne Robichaud est tout à fait conforme, jusqu'au délai dont disposent les parties pour exercer leur droit, avec les descriptions d'époque du retrait, notamment celle reprise à l'article 129 de la «coutume» réformée de Paris de 1580.

Cependant, je souhaiterais apporter à ce qui vient d'être écrit un sérieux tempérament. Si, en effet, le testament solennel et le retrait lignager qui viennent d'être décrits sont parfaitement conformes à la «coutume» de Paris, ils le sont également à celle du Poitou, pour ne prendre qu'un exemple d'une «coutume» ayant vraisemblablement été également importée en Acadie. Rien ne permet donc d'en conclure que c'est nécessairement la «coutume» de Paris qui est effectivement appliquée. Pour nous en assurer, nous devrions rencontrer une espèce où celle-ci présente une réelle originalité par rapport à ce «droit commun de la France» déjà en gestation à l'époque.

VIII. Quel rôle est dévolu à la loi?

Le système juridique que les Français implantent en Acadie au XVII^e siècle est un système à dominante législative. Les coutumes (sources du droit d'origine populaire et spontanée) ont virtuellement disparu pour faire place aux «coutumes» (variantes de la loi), les parlements ont été ramenés à la raison par l'ordonnance civile de 1667 qui leur prescrit d'enregistrer les ordonnances et de faire ensuite seulement leurs observations et le pouvoir royal devient, sous Louis XIV, le pouvoir par excellence. Et pourtant. Peut-on dire qu'un éventuel droit acadien se forme au départ et autour de la loi? J'en doute.

Certes, quand il quitte Honfleur, de Monts, premier «gouverneur» de cette France d'Outre-Mer en voie de création, reçoit de Henri IV une délégation du pouvoir législatif; de Monts exercera ce pouvoir par «loix, statuts et ordonnances, autant qu'il se pourra conformes aux nôtres.»⁸⁸ Mais nous sommes dans une période où la monarchie française est en crise et donc peut-être prône à déléguer. Quelque quatre-vingt-cinq ans plus tard, lorsque des Fiches de Meneval reçoit les lettres le nommant gouverneur de l'Acadie sous Louis XIV, le ton a changé. Il n'est plus question que le gouverneur légifère. Il se voit imposer une fonction multiforme en échange de laquelle il jouira des «pouvoirs, honneurs, autorités, prérogatives, prééminences, franchises, libertés, gages, fruits, profits, revenus et émolumens» afférents à sa fonction. L'énumération est belle, mais les pouvoirs, en tout cas sur le plan législatif, semblent nuls, Louis XIV précisant d'ailleurs que les devoirs du gouverneur s'exerceront «selon nos réglemens.»⁸⁹ Les textes relatifs à l'Acadie sont ainsi révélateurs des rapports de force prévalant dans la Métropole et leur contenu ne se comprend qu'en fonction de ces mêmes rapports.

⁸⁷ NSA, vol. 3, aux pp. 237–238.

⁸⁸ Lescarbott, *supra* note 32, vol. 1 à la p. 411.

⁸⁹ *Supra* note 16 aux pp. 89–90.

Mais il y a plus. Lorsque de Monts s'embarque, il est seul détenteur de tous les pouvoirs dans un monde encore totalement inconnu. Lorsque Meneval est nommé, il ne gouverne plus qu'une région de la Nouvelle-France et le pouvoir législatif est organisé au niveau de celle-ci. La législation d'application en Acadie se retrouvera donc davantage à Versailles ou à Québec qu'à Port-Royal, ce qui impose au chercheur une double orientation de ses travaux.

Tout d'abord, déterminer avec précision quelle partie de la législation française a été introduite en Acadie, que ce soit en 1603 ou après cette date, est une tâche qui reste encore à accomplir. Une première approximation est fournie par le recueil datant de 1803 et intitulé *Édits, ordonnances royales, déclarations et arrêts du Conseil d'Etat du Roi concernant le Canada*.⁹⁰ En ne tenant compte ni des actes de nomination de divers fonctionnaires publics, ni des textes concernant spécifiquement le Canada, on compte une quarantaine de déclarations, édits et ordonnances pris en France pour la Nouvelle-France pendant la période qui nous intéresse, soit de 1667 à 1713. C'est fort peu. Il faudra cependant contrôler ces données par un dépouillement systématique de la documentation relative au Conseil souverain publiée plus récemment.

Parmi ces textes, il en est deux qui sont spécifiques à l'Acadie et qui transitent par le Conseil souverain à Québec aux fins d'enregistrement, formalité indispensable à l'application de la législation royale. Datant respectivement des 4 juin 1686⁹¹ et 6 juillet 1711,⁹² le premier concerne l'obligation pour les seigneurs féodaux habitant l'Acadie de faire construire sur leurs terres un moulin banal et la seconde l'obligation pour tous ceux qui ont reçu concession de terre en Acadie d'habiter effectivement sur leur terres et de les exploiter.

Tournons-nous maintenant vers les indications qui existent quant à la production législative locale.

Dans l'état actuel de mes connaissances, il m'est impossible de préciser dans quelle mesure de Monts ou ses successeurs ont fait usage de leur pouvoir législatif. La première colonisation de l'Acadie dura trois ans. Les difficultés rencontrées par les colons inclinent à penser que leur seigneur n'eut guère de loisirs pour légiférer. Plus étonnant est peut-être le fait qu'il semble en aller de même pendant toute la période française. Entendons-nous.

Tout d'abord, si je n'ai pu jusqu'à présent mettre la main sur un texte législatif local, j'ai trouvé une indication, au moins, de leur existence. Lorsqu'en 1686, F.-M. Perrot, nommé gouverneur de l'Acadie en 1684, adresse un premier rapport sur l'état du pays, il dit qu'«il y a d'assez bons règlements et ordonnances.»⁹³ Il semble donc que les gouverneurs aient effectivement fait usage de leur pouvoir législatif, vraisemblablement en des matières bien particulières ou des points de détail. Seule la recherche systématique dans les recueils publiés et en archives permettra, comme

⁹⁰ Voir note 17.

⁹¹ *Supra* note 15 aux pp. 157-158.

⁹² *Supra* note 17 à la p. 326.

⁹³ *Supra* note 18, vol.1 à la p. 365.

sur bien d'autres points, de répondre à cette question et d'identifier ces textes «assez bons» dont parle Perrot.

Ensuite, la pénurie de textes législatifs pris en Acadie s'explique peut-être par la dépendance de l'Acadie vis-à-vis du pouvoir installé à Québec. A partir de la prise en main du pays par le pouvoir royal, celui-ci—nous le savons déjà—se trouve, même s'il a son propre gouverneur, sous l'autorité du Conseil souverain de Québec et des intendants de la Nouvelle-France. Ceux-ci ont compétence pour légiférer dans l'ensemble du Canada français et pour y faire appliquer la législation royale en y apportant éventuellement les adaptations requises par la situation locale.⁹⁴

La législation applicable en Acadie doit donc être recherchée dans la législation adoptée à Québec dont la portée est soit générale pour l'ensemble de la Nouvelle-France, soit particulière à la région. De ces derniers, je n'ai pas encore trouvé de traces. Ceci s'explique sans doute par le caractère tout à fait nominal du pouvoir qu'exercent les gouverneurs et intendants ou le Conseil souverain de la Nouvelle-France sur l'Acadie en raison de la distance et des difficultés de communication.⁹⁵ Il n'empêche qu'en principe toute ordonnance ou édit d'application dans la Nouvelle-France pris à Québec est applicable en Acadie. Il conviendrait donc de faire un tri soigneux dans la législation de l'époque afin de distinguer celle de portée générale de celle s'appliquant exclusivement à ce qui s'appelait déjà à l'époque le Canada.

Pendant le régime anglais, la législation est susceptible de jouer un rôle capital dans la mesure où le respect du droit des vaincus est limité par l'exercice éventuel par le roi d'Angleterre de ses pouvoirs législatifs. Celui-ci, généralement délégué au gouverneur local, suppose généralement la mise sur pied d'un conseil législatif dans la colonie concernée. Telle sera la situation en Acadie dans la seconde moitié du XVIIIe siècle, c'est-à-dire en dehors de notre champ d'investigation.⁹⁶

Cela n'empêche que si le gouverneur ne dispose pas du pouvoir législatif au sens strict, il n'en commande pas moins et ses commandements prennent nécessairement la forme de lois au sens large. Les formes que peut prendre cette législation sont fort variables, mais le gouverneur anglais s'assure généralement que la publicité de la loi soit effectivement réalisée. On retrouve ainsi la «proclamation,» au sens originel du terme de «crier devant,» lorsque le gouverneur ordonne aux curés d'en lire le texte «à leur congrégation lorsqu'elle se trouve au plus complet ... de manière à ce que personne ne puisse prétendre l'ignorer»⁹⁷ et ensuite d'en afficher le texte sur la porte de l'église. Tel est le cas pour la proclamation du 3 juillet 1740 interdisant aux prêtres d'encore trancher des litiges et d'utiliser dans ces cas la menace d'excommunication comme moyen d'obtenir l'exécution de leurs décisions.

De même le Conseil siégeant à Annapolis légifère lorsqu'il ordonne que soit établi un relevé cadastral des terres de la province, fait traduire cette instruction en français

⁹⁴ Voir Morin J.-Y. et Woehrling J., *Les constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours*, Montréal, Éditions Thémis, 1992, à la p. 3, note 2.

⁹⁵ *Supra* note 67.

⁹⁶ Sur ce point voir Barnes, *As Near As May Be Agreeable*, *supra* note 20.

⁹⁷ Murdoch, *supra* note 28, vol. 1, aux pp. 370-371.

et en prévoit la publication de manière à ce que chacun s'y conforme.⁹⁸ Le plus souvent le gouverneur prend l'initiative et demande l'accord du Conseil qu'il s'agisse d'obliger les habitants à maintenir en état les clôtures ou les pêcheurs à informer l'autorité de l'importance de chacune de leurs prises.⁹⁹

En conclusion, à première vue, que l'on se place d'un point de vue quantitatif ou qualitatif, la part de la législation comme source du droit semble réduite aussi bien pendant la période française que pendant le demi-siècle qui la suit immédiatement. Son champ est essentiellement celui du droit public et plus particulièrement de l'administration.

IX. Quel rôle joue le curé?

Avec le système français, en arrive en principe un autre en Acadie : celui de l'Église. Il gouverne, dans la France de l'époque, une partie non négligeable du droit, celle relative au mariage. On doit donc nécessairement s'interroger sur sa place exacte dans un environnement où il ne trouve pas, à son expansion éventuelle, les mêmes freins que dans la France métropolitaine.

Un premier problème est celui de la nature exacte des rapports entre ses ouailles et un clergé souvent perçu comme «étranger» par les communautés locales et manquant parfois du minimum de psychologie dans l'exercice de son ministère. Tel ce Saint-Cosme qui prend à partie une paroissienne en plein office et chasse de l'église cette femme d'un juge aux Mines qu'il accuse publiquement de «scandale» avec son neveu: «Cela a causé beaucoup de rumeurs dans le pays, et la plupart des assistants, en sortant de la messe, disaient hautement qu'ils n'étaient pas en sûreté ... »¹⁰⁰ Et on comprend également qu'en cas de désaccord les parties préférèrent s'en remettre à une «juridiction» familiale, voire ultérieurement au juge anglais, plutôt que d'affronter la crosse ecclésiastique. De nouveau, pluralisme juridique et «magasinage de for.»

Ce rôle du clergé se maintient d'ailleurs pendant la période anglaise avant le Dérangement. Le gouverneur Mascarène, confirmant l'opinion d'Armstrong selon laquelle pour «la moindre contestation frivole ... les Français suivent les décisions de leurs prêtres ou de l'évêque de Québec,»¹⁰¹ ne doit-il pas rappeler à un curé qu'il ne convient pas qu'il instruisse les affaires judiciaires entre ses paroissiens sous le secret de la confession pour ensuite utiliser ce qu'il a appris afin de «rendre justice» sous la menace de l'excommunication?¹⁰² Le résultat de pareille «procédure» est que l'une des parties préfère être dépouillée, à juste ou mauvais titre, de ses biens plutôt que de risquer son salut éternel en étant privé de sacrements! De nouveau, si les échos de pareille «justice» parviennent aux autorités britanniques, c'est de toute évidence parce qu'elle ne fait pas l'unanimité. Comme le fait remarquer explicitement et fort justement Barnes¹⁰³ (confirmé sur le fond par l'étude de Basque),

⁹⁸ NSA, vol. 3, à la p. 198.

⁹⁹ *Ibid.*, aux pp. 318 et 278.

¹⁰⁰ Rameau de Saint-Père, *supra* note 29, vol. 2, p. 333, citant De Goutin.

¹⁰¹ «Armstrong aux Lords of Trade» dans *Acadia and Nova Scotia*, *supra* note 12 aux pp. 94–95.

¹⁰² Mascarène à Desenclaves, le 29 juin 1741, dans *ibid.*, aux pp. 111–112.

l'intervention des Britanniques dans les mécanismes parallèles, que Daigle¹⁰⁴ met également en évidence, implique «une rupture du mécanisme interne de la communauté pour le maintien de l'ordre.»

La question se complique en Acadie, dans la mesure où, pour autant que je le sache, il n'y avait pas de juridiction ecclésiastique au pays et puisque toute cause pour laquelle les parties souhaitaient dépasser l'«amiable composition» de leur curé, devait être portée à Québec, c'est-à-dire à plusieurs centaines de kilomètres à une époque où la Transcanadienne était encore dans les limbes (sans parler du moteur à explosion) et où les hivers par contre possédaient déjà toute leur rigueur. La solution du recours à l'évêque à l'occasion de l'une de ses tournées dans le pays—nous en avons des traces, puisque Mgr. de Saint-Vallier, lors d'un passage aux Mines, passe «l'après-midi à baptiser quelques enfants, et à terminer des divisions et des procès»¹⁰⁵—ne peut être qu'occasionnelle. Enfin il serait intéressant de préciser l'étendue des délégations épiscopales aux curés locaux, dont nous savons qu'elles existent, notamment en matière de dérogations aux empêchements de mariage,¹⁰⁶ dérogations indispensables dans une société aussi fermée que la société acadienne et compte tenu de l'étendue des empêchements canoniques de parenté.

X. En guise de conclusion provisoire

Le terrain que l'histoire du droit en Acadie offre au chercheur est encore en friche. Sans un dégagement «archéologique» des archives et une recherche «tous azimuts,» dans toutes les sources disponibles, aucune conclusion valable ne peut être encore tirée. Pas plus en ce qui concerne la période française qu'en ce qui concerne les cinquante premières années de l'occupation anglaise.

Celles-ci particulièrement posent problèmes en raison du fait que d'éminents spécialistes de l'Acadie ont déjà émis à leur sujet un diagnostic d'ensemble quelque peu contradictoire. Un «appel journalier à la justice» que la justice britannique satisfait mal comme l'indique Barnes; une imposition radicale et totale de la *common law* au mépris des principes juridiques de cette même *common law*, comme le conclut Bastarache; un âge d'or, essentiellement patriarcal, comme l'implique Daigle ou le propose Griffiths? Faute d'un examen complet et approfondi de l'état des lieux, je me sens incapable de m'avancer au-delà de ces «impressions» dont j'ai cependant eu la faiblesse de croire qu'elles pouvaient être susceptibles de retenir l'attention de tous ceux que l'histoire juridique de l'Acadie et du Canada intéresse.

¹⁰³ Voir note 20, *The Daily Cry* à la p. 29.

¹⁰⁴ Voir note 59 à la p. 42.

¹⁰⁵ Saint-Vallier J.-B., *Estat présent de l'Eglise et de la colonie française dans la Nouvelle-France*, Québec, Augustin Côté, 1856 à la p. 37.

¹⁰⁶ Je dois cette information à l'obligeance de Mlle. Myriam Marsaud, étudiante en maîtrise d'histoire à la faculté des Arts de l'Université de Moncton.