

L'établissement de la souveraineté européenne au Canada

Luc Huppé

Volume 50, numéro 1, mars 2009

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/037740ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/037740ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Huppé, L. (2009). L'établissement de la souveraineté européenne au Canada. *Les Cahiers de droit*, 50(1), 153–206. <https://doi.org/10.7202/037740ar>

Résumé de l'article

À compter des premiers voyages de découverte dans le Nouveau Monde, jusqu'à l'abandon par la France de ses dernières possessions canadiennes en 1763, il est possible de retracer une longue série de mesures par lesquelles la France et la Grande-Bretagne procèdent à l'établissement de leur souveraineté au Canada. Elles présentent de nombreuses similitudes, qui permettent une analyse comparative des mécanismes juridiques utilisés par les métropoles pour s'implanter au pays. En l'absence de tout encadrement international, et malgré la présence préalable de nations autochtones, les deux puissances européennes utilisent les ressources diverses de leur droit interne et concluent ponctuellement des traités pour établir leurs droits en Amérique.

L'établissement de la souveraineté européenne au Canada

Luc HUPPÉ*

À compter des premiers voyages de découverte dans le Nouveau Monde, jusqu'à l'abandon par la France de ses dernières possessions canadiennes en 1763, il est possible de retracer une longue série de mesures par lesquelles la France et la Grande-Bretagne procèdent à l'établissement de leur souveraineté au Canada. Elles présentent de nombreuses similitudes, qui permettent une analyse comparative des mécanismes juridiques utilisés par les métropoles pour s'implanter au pays. En l'absence de tout encadrement international, et malgré la présence préalable de nations autochtones, les deux puissances européennes utilisent les ressources diverses de leur droit interne et concluent ponctuellement des traités pour établir leurs droits en Amérique.

From the very first journeys of discovery in the New World until the time France ceded to Great Britain its last remaining Canadian territories in 1763, the assertion of British and French sovereignty over Canada can be traced in a long series of steps. The legal mechanisms by which the two European powers established themselves in the American continent present numerous similarities, which allow a comparative study. Absent any international framework, and despite prior occupation of the land by aboriginal peoples, they used the resources of their internal legal systems and concluded international treaties in order to build their rights in America.

* Avocat.

	<i>Pages</i>
1 Les missions d'exploration.....	161
2 La concession de territoires.....	167
3 La conclusion de traités internationaux.....	179
4 La création d'institutions coloniales.....	184
5 L'extension du système juridique.....	193
Conclusion.....	204

À la différence des pays dont la longue histoire ne fournit pas de données suffisantes quant aux origines, la formation du système juridique du Canada peut être retracée avec une relative précision. Elle commence par l'établissement de la souveraineté européenne au pays, processus graduel amorcé à la fin du xv^e siècle à la faveur de l'exploration du continent américain. À compter de cette époque, la France et la Grande-Bretagne supplantent progressivement dans les territoires qu'elles occupent l'autorité que pouvaient antérieurement y exercer les différentes communautés amérindiennes. Elles y établissent un système juridique différent de ceux qui pouvaient alors y avoir cours et y étendent la portée de leurs lois sans se montrer redevables auprès d'aucune autorité supérieure à la leur de la façon dont elles exercent leurs pouvoirs. Des institutions naissent par leurs soins dans les territoires qu'elles contrôlent, qui remplissent de manière autonome un certain nombre de fonctions publiques qu'elles leur délèguent. Telles sont les marques indubitables de l'exercice de la souveraineté¹.

Plusieurs siècles seront nécessaires pour que prenne entièrement fin, en droit, cette souveraineté européenne acquise au Canada à compter de la Renaissance. La France perdra la sienne au cours du xviii^e siècle, en cédant son titre à la Grande-Bretagne. Au fur et à mesure que ses colonies développeront leur autonomie, cette dernière cessera progressivement d'exercer sa souveraineté en territoire canadien. Ce n'est qu'en 1982 que cet abandon sera définitivement achevé, par l'adoption d'une ultime loi britannique concernant le Canada². L'assujettissement à un pouvoir souverain qui lui est extérieur représente donc une caractéristique essentielle du système

1. À propos de cette notion, voir: Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 69-70; Jean-Maurice ARBOUR et Geneviève PARENT, *Droit international public*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 283 et suiv.

2. *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.).

juridique du Canada pendant la plus grande partie de son développement. Il constitue une donnée fondamentale de l'histoire du droit canadien.

Pourtant, le processus juridique par lequel la France et la Grande-Bretagne ont établi leur souveraineté à l'égard du territoire canadien a été peu étudié pour la période initiale pendant laquelle ces puissances sont toutes deux au pays. La question présente d'ailleurs une certaine complexité, qui découle du contexte particulier dans lequel elles abordent l'occupation de l'Amérique du Nord. Quatre facteurs permettent plus particulièrement d'expliquer cette situation.

En premier lieu, la discontinuité qui marque les premières entreprises menant à l'établissement des Européens au Canada. Les missions d'exploration qui suivent le voyage initial de Jean Cabot, en 1497, sont réalisées sans véritable cohérence, en différents points du territoire américain³. Aucune des tentatives de colonisation antérieures au xvii^e siècle ne conduit à une occupation permanente. Des intervalles de durée variable les séparent les unes des autres, qui ont l'effet d'autant de ruptures dans le processus d'appropriation du territoire. Après chacun de ces échecs, rien ne permet de savoir avec certitude si de nouveaux essais seront tentés. Essentiellement intermittentes pendant toute la durée du xvi^e siècle, ces démarches ne peuvent fonder pour l'avenir qu'un titre précaire. Pour les puissances européennes qui les entreprennent, elles servent cependant de point de départ à la création de certains droits. Elles s'en réclameront ensuite pour appuyer leurs revendications lorsque seront réalisés, au cours du siècle suivant, des établissements plus durables.

En deuxième lieu, le caractère indéfini du territoire dont les puissances européennes peuvent prétendre s'approprier la souveraineté. Lorsqu'ils abordent la côte atlantique, au tournant du xvi^e siècle, les Européens ne connaissent pas l'ampleur de cette terre qu'ils découvrent. La prise de possession d'une portion du littoral atlantique, ou encore d'une partie des rives du fleuve Saint-Laurent, ne peut avoir pour conséquence juridique de leur attribuer la souveraineté de l'ensemble de cet immense continent. L'étendue précise du territoire sur lequel portent les droits résultant de leur occupation demeure donc essentiellement indéfinie. De plus, il s'écoule une longue période avant que le territoire canadien soit peuplé par quelques

3. Pour un exposé des différentes phases de l'exploration du continent américain par les puissances européennes, voir: Henry Percival BIGGAR, *Les précurseurs de Jacques-Cartier, 1497-1534: collection de documents relatifs à l'histoire primitive du Canada*, coll. «Publication des Archives canadiennes» n° 5, Ottawa, Imprimerie de l'État, 1913; Marcel TRUDEL, *Histoire de la Nouvelle-France*, vol. 1: «Les vaines tentatives, 1524-1603», Montréal, Fides, 1963; Raymonde LITALIEN, *Les explorateurs de l'Amérique du Nord, 1492-1795*, Sillery, Septentrion, 1993.

milliers, voire quelques centaines, d'Européens. Une densité si faible, dans un continent aussi vaste, laisse une large part d'incertitude quant à l'étendue réelle de la souveraineté qu'elle permet d'acquérir.

En troisième lieu, la concurrence entre les puissances européennes qui entreprennent de s'approprier le territoire canadien. Plusieurs pays d'Europe ont des visées à l'égard de l'Amérique du Nord à compter de sa découverte, mais seules la France et la Grande-Bretagne persisteront dans la colonisation du Canada. Leurs prétentions concernent parfois le même territoire : c'est notamment le cas de cette région aux contours imprécis que les Français nomment l'« Acadie » et que les Britanniques appellent la « Nouvelle-Écosse ». De nombreux conflits découlent de cette concurrence, qui nuisent à l'établissement concret de la souveraineté de l'une ou l'autre des deux puissances. Il en résulte que l'étendue de leurs droits à l'égard du Canada est en continuelle redéfinition. Elle ne se précise peu à peu que dans la longue durée.

En quatrième et dernier lieu, l'ambiguïté du droit international de l'époque, sous deux rapports : d'une part, quant à la possibilité même que la France et l'Angleterre puissent acquérir des droits en Amérique ; d'autre part, quant aux modalités d'acquisition de tels droits. Peu après le premier voyage de Colomb⁴, une bulle pontificale⁵ concède en effet l'ensemble du Nouveau Monde⁶ à l'Espagne et menace d'excommunication toute personne qui s'y rendrait sans le consentement de ses monarques. Bien que l'Espagne renonce partiellement aux droits découlant de cette bulle

-
4. Colomb agissait en vertu d'une commission accordée par les souverains espagnols, qui autorisaient officiellement son voyage de découverte : « Privileges and Prerogatives Granted to Columbus, April 30, 1492 », dans Henry Steele COMMAGER, *Documents of American History*, 9^e éd., New York, Appleton-Century-Crofts, 1973, p. 1 ; Ebenezer HAZARD, *Historical Collections ; Consisting of State Papers, and Other Authentic Documents ; Intended as Materials for an History of the United States of America*, vol. 1, Freeport, Books for Libraries Press, 1969, p. 1.
 5. « The Papal Bulle Inter Caetera, May 4, 1493 », dans H.S. COMMAGER, préc., note 4, p. 2 ; Frances GARDINER DAVENPORT, *European Treaties bearing on the History of the United States and its Dependencies to 1648*, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2004, p. 71. À propos du contexte politique et juridique entourant cette bulle, voir : Herman VANDER LINDEN, « Alexander VI. and the Demarcation of the Maritime and Colonial Domains of Spain and Portugal, 1493-1494 », *The American Historical Review*, vol. 22, n^o 1, octobre 1916, p. 1 ; Alfred P. RUBIN, « International Law in the Age of Columbus », (1992) 39 *Nethl. Int'l L. Rev.* 5.
 6. Les droits reconnus à l'Espagne par cette bulle s'étendaient à toutes les terres découvertes ou à découvrir à l'ouest d'une ligne imaginaire, allant du pôle Nord au pôle Sud et passant à 100 lieues à l'ouest des Açores et du Cap-Vert.

au profit du Portugal⁷, l'exploration du continent américain par la France et l'Angleterre entre en conflit avec les prétentions espagnoles et remet en cause l'autorité du pape de décider de cette question⁸. À terme, toutefois, leur persistance en ce sens prive la bulle pontificale de tout effet pratique et lève l'obstacle qu'elle constituait⁹.

Par ailleurs, l'acquisition de droits par les Européens à l'égard du continent américain présente un problème juridique nouveau, pour lequel le droit international ne fournit à cette époque aucune règle précise¹⁰. Ni la France ni l'Angleterre ne peuvent donc s'appuyer sur des principes reconnus pour qualifier les actes qu'elles accomplissent afin de s'approprier le territoire canadien. Même si la présence européenne en Amérique suscite la réflexion de quelques philosophes, aucune règle juridique faisant consensus ne sera élaborée à ce sujet entre les nations de la communauté internationale pendant la période où ces deux puissances s'installent définitivement en Amérique. Bien que le droit international se soit développé depuis¹¹, il présente donc une utilité restreinte pour apprécier rétrospectivement leur conduite et mesurer la valeur des moyens utilisés pour acquérir cette souveraineté.

À ces facteurs, considérés dans une perspective européenne, s'ajoute une autre dimension : la présence préalable de nations autochtones dans ce

-
7. Un peu plus d'un an après la bulle pontificale de 1493, l'Espagne convient avec le Portugal de déplacer de 270 lieues vers l'ouest la ligne de démarcation fixée par le pape : «Treaty of Tordesillas, June 7, 1494», dans H.S. COMMAGER, préc., note 4, p. 4; F.G. DAVENPORT, préc., note 5, p. 84.
 8. Le refus de l'Angleterre et de la France d'accepter le monopole accordé à l'Espagne par le pape contribuera d'ailleurs au développement de certains principes du droit international, dont celui qui reconnaît à toutes les nations le droit de naviguer librement sur les mers, de faire commerce et d'établir des colonies en respectant l'occupation préalable de territoires par les autres nations : Edward P. CHEYNEY, «International Law under Queen Elisabeth», *The English Historical Review*, vol. 20, n° 80, 1905, p. 660.
 9. En ce qui concerne les différentes étapes menant à l'abandon des prétentions espagnoles, voir : Max SAVELLE, *The Origins of American Diplomacy: The International History of Angloamerica, 1492-1763*, New York, Macmillan Company, 1968, p. 3-68.
 10. À ce sujet, voir : Donald W. GREIG, «Sovereignty, Territory and the International Lawyer's Dilemma», dans Malcolm Nathan SHAW, *Title to Territory*, Aldershot, Ashgate, 2005, p. 35, aux pages 48 et suiv. ; Friedrich August Freiherr VON DER HEYDTE, «Discovery, Symbolic Annexation and Virtual Effectiveness in International Law», dans M.N. SHAW, préc., note 10, p. 87, aux pages 91 et suiv.
 11. Pour un exposé des enjeux juridiques que présente l'acquisition de territoires en droit international, voir : Norman LLEWELLYN HILL, *Claims to Territory in International Law and Relations*, Westport, Greenwood Press, 1976, p. 143-163; Robert YEWDALL JENNINGS, *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1963; Yehuda Zvi BLUM, *Historic Titles in International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1965.

continent où la France et la Grande-Bretagne procèdent à l'établissement de leur souveraineté. Une population dispersée vivait depuis plusieurs millénaires en Amérique du Nord et ce lien qu'elle avait tissé avec le territoire assurant sa subsistance lui donnait de justes motifs de s'opposer à une domination étrangère. Aucun cadre de référence commun, comme aurait pu l'être un système de droit international regroupant les nations amérindiennes et européennes, ne permettait cependant de définir les droits des uns et des autres au moment de l'arrivée des Européens en Amérique, ni de résoudre les conflits pouvant découler de leurs prétentions respectives à la possession du territoire. Il n'est donc pas surprenant de constater la divergence des opinions exprimées pour apprécier, sur le plan juridique, l'occupation du territoire canadien par les Européens¹². Quelques propositions fondamentales peuvent cependant être formulées à ce propos, en tenant compte de l'état limité des connaissances concernant la présence autochtone en Amérique à cette époque.

Quel qu'ait pu être le point de vue des nations européennes au moment de leur arrivée au Nouveau Monde, nul ne peut aujourd'hui sérieusement douter que les nations autochtones détenaient, au sens que le droit occidental accorde à ce concept, certains droits territoriaux au moment où les Européens découvrent l'Amérique. Fondés sur l'occupation du territoire ou l'usage de ses ressources, ces droits s'inscrivent dans un mode de vie fort différent de celui des Européens, tant en ce qui concerne l'organisation sociale des communautés autochtones que la forme de leurs institutions. De nature variable, ces droits dépendent du type de rapport entretenu par les Amérindiens avec le territoire qu'ils utilisent ou qu'ils occupent.

12. Voir par exemple : Henri BRUN, *Le territoire du Québec : six études juridiques*, t. 6, coll. «Droit et science politique», Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1974 ; William John ECCLES, «Sovereignty-Association 1500-1783», *Canadian Historical Review*, vol. 65, n° 4, décembre 1984, p. 475 ; Leslie Claude GREEN et Olive P. DICKASON, *The Law of Nations and the New World*, Edmonton, University of Alberta Press, 1989 ; Brian SLATTERY, «Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims», (1991) 29 *Osgoode Hall L.J.* 681 ; Sébastien GRAMMOND, *Les traités entre l'État canadien et les peuples autochtones*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995 ; Richard BOIVIN, «Le droit des autochtones sur le territoire québécois et les effets du régime français», (1995) 55 *R. du B.* 135 ; Brian SLATTERY, «The Organic Constitution : Aboriginal Peoples and the Evolution of Canada», (1996) 34 *Osgoode Hall L.J.* 101 ; Michel MORIN, *L'usurpation de la souveraineté autochtone : le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, Montréal, Boréal, 1997 ; Jean-Maurice BRISSON, «L'appropriation du Canada par la France de 1534 à 1760 ou les rivages inconnus du droit», dans Andrée LAJOIE et autres, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 60 ; Sylvio NORMAND, «Les droits des Amérindiens sur le territoire sous le régime français», dans A. LAJOIE et autres, préc., note 12, p. 107.

Dans certaines régions de l'Amérique, il est plausible qu'ils aient atteint la consistance suffisante pour constituer une souveraineté semblable à celle à laquelle prétendent les nations européennes du fait de leur occupation. Nous ne pouvons toutefois présumer que tel était uniformément le cas partout où les Européens ont procédé à des explorations ou se sont installés pour fonder des colonies, de la fin du xv^e siècle au milieu du xviii^e.

Se pose aussi la question du morcellement de la souveraineté autochtone qui pouvait exister à cette époque en Amérique. Comme dans les autres continents, une telle souveraineté aurait vraisemblablement été répartie entre diverses nations autochtones, chacune à l'égard d'une portion de territoire soumise à son contrôle. En outre, il est probable que le continent américain n'était pas entièrement occupé par les Premières Nations au moment de l'arrivée des Européens et qu'une partie du territoire échappait alors à toute forme de souveraineté. En prenant pied en certains points de l'Amérique du Nord, la France et la Grande-Bretagne ne portaient donc pas atteinte à un titre autochtone indivis, établi au bénéfice commun de l'ensemble de ses habitants et englobant la totalité du continent. Il semble plus juste de considérer autrement la portée de leur implantation : dans les portions de territoire où elles s'établissaient, ces deux puissances empiétaient plutôt, le cas échéant, sur les droits que certaines nations autochtones y avaient éventuellement acquis et développés et dont la portée pouvait varier d'un endroit à l'autre.

Une longue période s'est écoulée entre le moment du premier contact des Européens avec l'Amérique du Nord et une présence substantielle de ressortissants français et anglais en territoire canadien. Il est aussi vraisemblable que les droits des nations autochtones aient pu varier pendant ce temps. Des changements dans l'occupation effective du territoire ont pu faire évoluer la nature de ces droits, modifier l'espace géographique dans lesquels ils étaient exercés ou encore faire naître au bénéfice d'autres nations autochtones des droits concurrents ou prépondérants. Les droits des nations autochtones ne présentent donc pas nécessairement un caractère statique et immuable lorsqu'il est question de les confronter à ceux que les Européens ont peu à peu acquis et développés à l'égard d'un même territoire.

Doit également être prise en considération la réaction des Autochtones à l'arrivée des Européens en Amérique. Le fait que des ressortissants français ou anglais occupent leurs territoires sans qu'ils puissent les empêcher ni contrôler leurs activités emporte certaines conséquences pour les nations autochtones et leurs membres, tout comme en aurait également eu l'invasion de leur territoire par une nation autochtone concurrente. Selon les circonstances, une telle conduite ne les prive pas forcément de

l'ensemble de leurs droits à l'égard de ces territoires, comme celui d'y maintenir leur mode de vie spécifique malgré la présence de nouveaux arrivants¹³. Toutefois, quant à l'exercice d'une souveraineté dans des territoires dorénavant occupés et contrôlés par des Européens, celle-ci peut être perdue, voire abandonnée, si elle existait auparavant.

En soi, la présence autochtone en Amérique au moment où les Européens en font la découverte ne constituait donc pas un obstacle à l'établissement de droits de souveraineté par les nations européennes en des endroits appropriés. Cependant, elle posait des contraintes manifestes à une appropriation plus globale, aujourd'hui conceptualisées comme étant liées aux droits des nations amérindiennes. Tel n'était pas nécessairement le point de vue de l'époque. Les rapports entretenus par les nations européennes avec les premiers occupants du continent paraissent en effet empreints de pragmatisme plutôt qu'inspirés par une théorie juridique destinée à légitimer leur colonisation progressive du territoire. Contradictoires dans leurs principes, la perspective actuelle et la perspective contemporaine des événements paraissent impossibles à concilier.

Toutes ces circonstances, celles qui sont propres aux Européens et celles qui sont relatives à la situation de l'Amérique, favorisent une approche empirique de la question de l'établissement de la souveraineté européenne au Canada. Il n'est pas possible d'en attribuer la source à un événement unique. Au contraire, il paraît plus conforme à la réalité historique de considérer qu'un ensemble d'actes à portée juridique, échelonnés sur une longue période, ont été nécessaires à la France et à la Grande-Bretagne pour établir initialement leur souveraineté au Canada. La prise de possession officielle du territoire par l'accomplissement d'un certain cérémonial¹⁴ semble ainsi

13. Une telle situation pose notamment le problème délicat de l'assujettissement des Amérindiens au système juridique des nations européennes. Des auteurs ont ainsi relevé le compromis que la France a dû consentir à diverses communautés autochtones dans ses tentatives d'assujettir leurs membres à son système de justice: R. BOIVIN, préc., note 12, 160-166; Jeremy WEBBER, «Relations of Force and Relations of Justice: The Emergence of Normative Community between Colonists and Aboriginal Peoples», (1995) 33 *Osgoode Hall L.J.* 623, 638-651; Desmond H. BROWN, «They Do Not Submit Themselves To The King's Law: Amerindians and Criminal Justice During the French Regime», (2000-2002) 28 *Man. L.J.* 377.

14. Au sujet des différentes solennités utilisées par les puissances européennes pour prendre officiellement possession de territoires en Amérique, voir: Patricia SEED, «Taking Possession and Reading Texts: Establishing the Authority of Overseas Empires», *The William and Mary Quarterly, Third Series*, vol. 49, n° 2, avril 1992, p. 183; John T. JURICEK, «English Territorial Claims in North America Under Elisabeth and the Early Stuarts», *Terrae Incognitae*, vol. 7, 1975, p. 7; Brian SLATTERY, «French Claims in North America, 1500-59», *Canadian Historical Review*, vol. 59, n° 2, juin 1978, p. 139.

insuffisante pour établir cette souveraineté, dans la mesure où elle touche d'immenses étendues demeurant par la suite inhabitées par les Européens. Il en est de même de l'exploration des différentes parties du continent, lorsqu'elle n'est pas accompagnée d'une occupation effective.

Cette souveraineté européenne initiale ne découle pas de la volonté d'une autorité extérieure, comme celle que prétendait exercer le pape pour fonder la présence de l'Espagne au Nouveau Monde. De même, le titre de la France en territoire canadien et celui de la Grande-Bretagne dans l'est du Canada ne reposent sur aucune cession qui leur aurait été consentie par les Amérindiens¹⁵. Dans cette partie du pays que les deux puissances occupent au milieu du XVIII^e siècle, au moment où la Grande-Bretagne s'apprête à en éliminer sa concurrente, leur souveraineté repose donc sur un fondement autre que celui d'une transmission de droits autochtones en leur faveur. Elle constitue un titre originaire, possédant ses sources propres et résultant des seules initiatives des puissances européennes.

Une caractéristique essentielle du processus suivi par la France et la Grande-Bretagne pour établir leur souveraineté au Canada est que, faute de règles de droit international et en l'absence de cessions de territoires par les nations autochtones, les puissances européennes déterminent elles-mêmes le cadre juridique de leur présence en Amérique du Nord. Une présentation globale des procédés qu'elles utilisent permettra de réaliser la logique et la continuité de leurs démarches en ce sens. Complémentaires, ces procédés constituent, pour la plupart, des actes unilatéraux et le mécanisme de la délégation de pouvoirs y tient une place importante. Il prend trois formes, qui correspondent à autant d'étapes dans le développement du pays : l'envoi de représentants en mission officielle ; la concession de territoires et de monopoles commerciaux ; la création d'institutions coloniales. Des traités internationaux servent à faire reconnaître les prétentions qu'elles forment à l'égard de Amérique du Nord. Enfin, en vertu de leur compétence respective, les instances métropolitaines exercent aussi une compétence directe à l'égard des nouvelles régions occupées par leurs ressortissants.

1 Les missions d'exploration

L'appropriation du territoire canadien par les puissances européennes commence par l'envoi de représentants officiels à des fins d'exploration, de découverte et de conquête. Contrairement aux pêcheurs et aux marchands qui fréquentent la côte atlantique, les représentants délégués vers l'Amérique

15. Michel MORIN, « "Manger avec la même micoine dans la même gamelle" : à propos des traités conclus avec les Amérindiens au Québec, 1665-1760 », (2003) 33 *R.G.D.* 93, 99 ; S. GRAMMOND, préc., note 12, p. 30 ; R. BOIVIN, préc., note 12, 159-160.

par l'Angleterre et la France exercent une fonction officielle. Leur mission est constatée dans une commission, des lettres patentes ou une charte émanant du souverain ou de son fondé de pouvoir¹⁶. À aucun moment, les institutions législatives¹⁷ ne prennent part à la décision d'envoyer des représentants officiels en territoire canadien¹⁸. Leur apport à l'établissement de la souveraineté en Amérique du Nord prendra une autre forme¹⁹.

Les lettres patentes²⁰ accordées à Cabot le 5 mars 1496 par le roi d'Angleterre²¹ contiennent plusieurs caractéristiques qui se trouveront ensuite dans les commissions accordées au cours du XVI^e siècle. Elles lui donnent un pouvoir général de naviguer vers l'est, le nord et l'ouest, sans aucune limitation géographique, afin de rechercher et de découvrir des terres inconnues de la chrétienté. C'est au nom du souverain, et non à titre personnel, qu'il est autorisé à conquérir, à occuper et à posséder les terres qu'il découvrira. Il est expressément spécifié dans sa commission que les droits résultant de ses découvertes seront acquis au bénéfice du roi. Ces lettres patentes agissent donc comme une extension du pouvoir

-
16. En Angleterre, l'autorité qu'a le souverain de confier de telles missions d'exploration et de colonisation en dehors du territoire national découle des pouvoirs qui lui sont dévolus par la prérogative royale à l'égard des relations extérieures : Ken MACMILLAN, « Common and Civil Law ? Taking Possession of the English Empire in America, 1575-1630 », *Annales canadiennes d'histoire*, vol. 38, n° 3, décembre 2003, p. 409, à la page 413. Cet auteur souligne que la common law ne contenait alors aucune règle relative à l'acquisition de territoires à l'étranger.
 17. À cette époque, il n'y a pas encore d'institutions législatives en France. L'Ancien Régime n'y prend fin qu'après la cession de ses possessions canadiennes à la Grande-Bretagne.
 18. La tentative de l'un de ces représentants de faire confirmer par le Parlement anglais les lettres patentes qui lui sont accordées par le souverain en 1584 n'aura d'ailleurs aucune suite : David B. QUINN, *New American World : A Documentary History of North America to 1612*, vol. 3, New York, Arno Press/Hector Bye, 1979, p. 270.
 19. Cette question est traitée dans la section 5.
 20. « Premières lettres patentes accordées par Henri VII à Jean Cabot et à ses fils, 5 mars 1496 », dans H.P. BIGGAR, préc., note 3, p. 7.
 21. Il existe un risque de confusion quant à la datation des documents de cette époque, étant donné la computation différente de l'année qui se pratiquait alors. En France, ce n'est qu'aux termes d'une ordonnance de 1563, mise à exécution à compter du 1^{er} janvier 1565, que l'année civile débutera le 1^{er} janvier : « Ordonnance sur la justice et la police du royaume, additionnelle à celle d'Orléans, (aussi appelée *Ordonnance de Roussillon*), Paris, janvier 1563 », dans Athanase-Jean-Léger JOURDAN, DECRUSY et François-André ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789*, t. 14, Paris, Belin-Le-Prieur, 1829, p. 169, art. 39. Auparavant, l'année commençait à Pâques. En Grande-Bretagne, la computation de l'année à compter du 1^{er} janvier est ordonnée par le Parlement en 1751 : *An Act for Regulating the Commencement of the Year ; and for Correcting the Calendar now in Use*, 1751, 24 Geo. II, c. 23, (R.-U.), art. 1. Le premier voyage de Cabot au Canada date de l'année 1497.

du roi d'Angleterre de conquérir lui-même de nouveaux territoires pour la Couronne et d'y imposer sa souveraineté. À cet égard, elles contiennent une seule restriction, limitant l'autorité de Cabot aux terres inconnues des chrétiens, qui est manifestement destinée à éviter des conflits avec les autres puissances européennes.

Les secondes lettres patentes accordées à Cabot²², deux ans plus tard, contiennent une déclaration du roi d'Angleterre relativement à la portée juridique de son précédent voyage. Il y affirme que les terres alors découvertes l'ont été en son nom et par son commandement. Cette mention inaugure une politique plusieurs fois utilisée par les souverains anglais et français pendant toute la période où ils se trouvent en concurrence en Amérique : elle consiste à affirmer dans des documents officiels unilatéraux, qui n'engagent toutefois ni les autres nations européennes ni les Amérindiens, l'étendue des droits auxquels ils prétendent dans le Nouveau Monde. Exactes ou non, de telles affirmations ont manifestement pour objectif de faire accréditer ces prétentions et de marquer publiquement le progrès accompli dans l'appropriation du territoire américain.

Au cours des années suivantes, des groupes de marchands reçoivent d'autres lettres patentes du souverain anglais²³. Elles reprennent la structure utilisée pour celles de Cabot, mais de plus amples pouvoirs y sont accordés aux représentants officiels du souverain, car est envisagée dès lors l'implantation en Amérique du Nord de communautés organisées et permanentes. Les bénéficiaires de ces lettres patentes sont notamment autorisés à adopter des lois pour le bon gouvernement de telles communautés, à les faire respecter en punissant les contrevenants et à nommer tous les officiers requis pour la gestion du gouvernement et l'administration de la justice. De plus, le roi les autorise spécifiquement à résister, si cela est nécessaire par la force, aux étrangers qui tenteraient de faire obstacle à leur implantation. Le roi attribue d'avance aux titulaires des lettres patentes la propriété des terres qu'ils pourront conquérir, tout en s'en réservant la souveraineté. Par rapport à celles de Cabot, ces lettres patentes fournissent donc une plus grande latitude à leurs bénéficiaires pour implanter concrètement la souveraineté de l'Angleterre dans des portions du territoire américain.

22. «Deuxièmes lettres patentes à Jean Cabot, 3 février 1498», dans H.P. BIGGAR, préc., note 3, p. 22.

23. «Lettres patentes accordées à Richard Warde, Thomas Ashurst, John Thomas de Bristol, John Fernandez, Francis Fernandez et John Gonzales des Açores, 19 mars 1501», dans H.P. BIGGAR, préc., note 3, p. 41 ; «Lettres patentes accordées à Hugh Eliot et Thomas Ashurst de Bristol, ainsi qu'à John Gonzales et Francis Fernandez des Açores, 9 décembre 1502», dans H.P. BIGGAR, préc., note 3, p. 70.

Ayant encore comme objectif déclaré l'exploration et la découverte de contrées nouvelles, les lettres patentes accordées par le roi d'Angleterre dans le dernier quart du XVI^e siècle²⁴ sont encore plus explicites quant à l'établissement de sa souveraineté²⁵. Le monarque anglais déclare que les terres éventuellement possédées en vertu de ces lettres patentes relèveront de son allégeance et que ceux de ses sujets qui s'y rendront pour y habiter, ainsi que leur descendance, seront considérés comme des habitants libres, natifs d'Angleterre, à condition que leur nom soit noté au registre d'une cour d'archives anglaise. Une limite importante est désormais imposée aux pouvoirs gouvernementaux des titulaires des lettres patentes : leurs lois et ordonnances doivent se rapprocher autant que possible de celles de l'Angleterre et ne peuvent dégager les habitants de leur allégeance à la Couronne anglaise²⁶.

Ce ne sont pas des pouvoirs très différents de ceux qui sont octroyés par son homologue anglais que le roi de France accorde aux représentants qu'il délègue en Amérique à la même époque. Des informations précises manquent pour la première partie du XVI^e siècle. En effet, le contexte juridique entourant l'expédition entreprise par Verrazano en 1524 pour le compte du roi de France demeure encore largement inconnu. De même, la commission accordée à Cartier pour son premier voyage, en 1534, n'a pas été retrouvée. Néanmoins, il est possible de déduire de la commission²⁷ que l'amiral de France lui accorde à son retour, pour parachever sa mission, que le roi l'avait autorisé à découvrir et à explorer des terres en son nom au-delà de Terre-Neuve. Le roi renvoie ultérieurement Cartier en Amérique pour poursuivre l'exploration qu'il a commencée au cours de ses précédents voyages et sa troisième commission, obtenue en 1540, fait

-
24. «June 11, 1578. Patent granted to Sir Humphrey Gilbert by Elisabeth I», dans D.B. QUINN, préc., note 18, vol. 3, p. 186, et dans William FINLEY SWINDLER, *Sources and Documents of United States Constitutions, Second Series*, vol. 1, Londres, Oceana Publications, 1982, p. 60; «March 25, 1584. Letters Patent to Walter Raleigh», dans D.B. QUINN, préc., note 18, vol. 3, p. 267, et dans W.F. SWINDLER, préc., note 24, p. 63.
25. Font exception à cette façon de faire les délégations de pouvoirs accordées pour la découverte du passage du Nord-Ouest entre l'océan Atlantique et l'océan Pacifique : «Charter to the Muscovy Company, February 6, 1555», dans D.B. QUINN, préc., note 18, vol. 1, p. 221; «February 6, 1584. Adrian Gilbert's patent», dans D.B. QUINN, préc., note 18, vol. 4, p. 228.
26. En outre, les lettres patentes accordées à Raleigh en 1584 préservent la liberté de toutes personnes, à l'exception des ennemis du roi, de faire commerce à Terre-Neuve aux fins de la pêche.
27. «Commission from Admiral Chabot to Cartier. 30 October 1534», dans Henry Percival BIGGAR, *A Collection of Documents Relating to Jacques Cartier and The Sieur de Roberval*, Ottawa, Public Archives of Canada, 1930, p. 44.

expressément état de la mission de découverte que le roi lui avait préalablement confiée²⁸.

La commission accordée de façon concomitante à Roberval²⁹ fournit le premier exemple d'une délégation substantielle de pouvoirs par le roi de France pour la conquête de nouveaux territoires en Amérique. Elle contient des déclarations semblables à celles de la commission de Cartier quant aux missions d'exploration antérieures de la France. Roberval est nommé lieutenant général du roi, titre que le droit français réserve à un nombre très limité de personnes, exerçant d'importantes fonctions dans les diverses parties du royaume³⁰. Autorisé à se rendre dans des pays étrangers, il peut les assujettir à l'autorité du roi de France, au besoin en utilisant la force. Une limite semblable à celle qui a été imposée à compter de 1502 par le roi d'Angleterre à ses délégués le contraint dans son entreprise : elle concerne le respect des territoires déjà occupés ou relevant de la compétence des princes alliés du souverain.

Des pouvoirs liés à une éventuelle colonisation sont aussi accordés à Roberval. Il peut notamment construire des habitations, ériger des villes et distribuer les terres qu'il aura conquises. Tout comme ses homologues anglais, il possède l'autorité d'adopter des lois, des édits, des statuts et des ordonnances, le pouvoir de les faire observer et de punir les contrevenants, ainsi que le droit de nommer tous les officiers nécessaires à la conquête

-
28. « Commission de François 1^{er} à Jacques Cartier, pour l'établissement du Canada, du 17 Octobre 1540 », dans *Complément des ordonnances et jugements des gouverneurs et intendants du Canada*, Québec, E.R. Fréchette, 1856, p. 5 ; H.P. BIGGAR, préc., note 27, p. 128 ; Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec : du Régime français à nos jours*, 2^e éd., t. 2, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 1. Un demi-siècle plus tard, en accordant à des neveux de Cartier les mêmes privilèges que ceux qui avaient été dévolus à leur oncle par la commission de 1540, le roi de France indique qu'il souhaite achever la découverte déjà commencée par ses sujets sous son autorité et mentionne comme preuve de cette découverte l'existence de bâtiments et de forts dont la construction aurait été commencée : « Commission à Étienne Chaton et Jacques Nouel, 14 janvier 1588 », dans Alfred RAMÉ, *Documents inédits sur Jacques Cartier et le Canada*, Paris, Librairie Tross, 1865, p. 34.
29. « Roberval's Commission. 15 January 1540-41 », dans H.P. BIGGAR, préc., note 27, p. 178, et dans *Collection de manuscrits contenant lettres, mémoires, et autres documents historiques relatifs à la Nouvelle-France*, vol. 1, Québec, Imprimerie A. Côté, 1883, p. 30 (ci-après « *Collection de manuscrits* »). Bien qu'elle soit datée de janvier, cette commission est postérieure à celle de Cartier : voir, *supra*, note 21.
30. « Édit qui défend à toutes personnes de prendre la qualité de lieutenants-généraux du roi, et de s'en attribuer l'autorité, fors aux gouverneurs de Normandie, Bretagne, Guyenne, Languedoc, Provence, Dauphiné, Bresse, Savoie, Piémont, Bourgogne, Champagne, Brie, Picardie et de l'Île de France, Blois, 6 mai 1545 », dans A.-J.-L. JOURDAN, DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, préc., note 21, t. 12, p. 892.

et à la préservation du pays. Pour parfaire l'autorité de son représentant, le roi de France a recours à une fiction qui consiste à lui accorder tous les pouvoirs qui pourraient être exercés par le souverain lui-même, s'il était présent en personne dans ces nouveaux territoires. Des lettres patentes semblables sont octroyées à La Roche en 1598³¹, en vue de continuer la mission confiée un demi-siècle plus tôt à Roberval.

D'une délégation de pouvoirs à l'autre, les documents émanant du roi de France prennent soin d'assurer une continuité, sur le plan juridique, entre les diverses missions officielles entreprises pour son compte en Amérique du Nord. Il n'y a pas une telle constance dans les lettres patentes accordées par les souverains anglais au cours du xvi^e siècle et leurs entreprises de conquête et de colonisation en Amérique semblent indépendantes les unes des autres. Chez les monarques français, une telle pratique pourrait s'expliquer par leur volonté de ne pas perdre les droits que ces expéditions leur auraient globalement permis d'acquérir, malgré les intervalles importants qui les séparent. De cette façon, la France paraît avoir cherché à contrecarrer les conséquences que pouvait entraîner, quant à la validité de ses prétentions au Nouveau Monde, une trop longue inoccupation des territoires qu'elle avait découverts ou explorés.

Les missions d'exploration menées par la France et l'Angleterre en Amérique tout au long du xvi^e siècle ne produisent que des résultats mitigés sur le plan de l'acquisition de la souveraineté, et ce, non en raison de l'insuffisance des documents juridiques utilisés pour autoriser ces missions, mais par l'incapacité de ces deux puissances d'occuper de façon permanente les territoires qu'elles découvrent. Une autre méthode sera mise à l'essai au siècle suivant pour favoriser la colonisation : la concession de territoires et de privilèges commerciaux.

31. «Lettres patentes de Lieutenant-Général du Canada et autres pays, pour le Sieur de la Roche, du 12 janvier, 1598», dans *Complément des ordonnances et jugements des gouverneurs et intendants du Canada*, préc., note 28, p. 7. Vingt ans plus tôt, La Roche avait reçu du roi pleine autorité pour aller «aux terres neuves» et autres terres adjacentes afin de prendre possession de tous les territoires dont il pouvait se rendre maître : «Commission au marquis de La Roche, mars 1577» et «Seconde commission au marquis de La Roche, 3 janvier 1578», dans Henri MICHELANT et ALFRED RAMÉ, *Relation originale du voyage de Jacques Cartier au Canada en 1534 : Documents inédits sur le Canada (Nouvelle série)*, Paris, Librairie Tross, 1867, p. 5 et 8. Le titre de gouverneur, lieutenant général et vice-roi lui avait alors été octroyé à l'égard des terres qu'il parviendrait à conquérir.

2 La concession de territoires

Par la délégation de représentants chargés de découvrir des terres nouvelles, les puissances européennes visaient à acquérir des droits dans un Nouveau Monde dont elles étaient jusqu'alors absentes. À l'opposé, la concession de territoires en Amérique sous-entend que de tels droits sont déjà acquis en leur faveur, ou encore que les prétentions qui leur servent de fondement paraissent suffisamment crédibles pour pouvoir être opposées à d'éventuels concurrents. Plusieurs régions du Canada feront l'objet de concessions territoriales par les puissances européennes à une époque ou l'autre de l'histoire du pays. La plupart datent des trois premiers quarts du xvii^e siècle. Elles constituent la manifestation d'un renouvellement d'intérêt simultané de la part de la France et de la Grande-Bretagne envers le Canada, après les tentatives dispersées et infructueuses du siècle précédent.

Bien qu'elles soient largement inspirées des documents juridiques utilisés antérieurement pour encadrer l'exploration de l'Amérique, les concessions territoriales s'en distinguent cependant par une caractéristique essentielle : avec une précision qui faisait auparavant défaut, mais qui n'est encore que toute relative, elles contiennent une description du territoire sur lequel portent les droits du concessionnaire. Très vastes et rarement limités vers l'ouest en raison de l'insuffisance des connaissances géographiques, les territoires respectivement concédés par la France et l'Angleterre se recourent parfois. Pendant la phase de prise de contact avec le continent, les deux puissances avaient pu éviter les conflits au Nouveau Monde. Lorsqu'elles commencent à y concéder des territoires et à formaliser les intérêts économiques qui y sont afférents, ces conflits deviennent inévitables. Dès le premier tiers du xvii^e siècle, leur rivalité pour la possession du territoire canadien commence donc à se manifester.

En ce qui concerne la France, nous pouvons distinguer deux étapes dans l'utilisation de la concession comme mode d'appropriation du territoire en Amérique du Nord. À la première étape, le souverain continue de déléguer un représentant de sa personne, auquel il accorde un monopole commercial. Celui-ci cumule donc la responsabilité de pouvoirs publics dans le territoire concédé et le bénéfice d'intérêts privés quant à sa mise en valeur économique. Il est fréquent qu'il ait recours à une société commerciale pour exploiter le monopole qui lui est accordé³². À la seconde étape,

32. À propos des sociétés commerciales de la Nouvelle-France, voir : Henry Percival BIGGAR, *The Early Trading Companies of New France : A Contribution to the History of Commerce and Discovery in North America*, Clifton, Augustus M. Kelley Publishers, 1972 ; M. TRUDEL, préc., note 3, vol. 2 : « Le comptoir, 1604-1627 ».

le roi accorde la concession directement à une société commerciale, ce qui a notamment pour effet de modifier le rôle et de réduire les pouvoirs de son représentant personnel.

De Monts reçoit de l'amiral de France, en 1603, une commission qui le nomme vice-amiral et lieutenant général de l'Acadie³³ et lui concède la découverte et le peuplement d'un large territoire, situé entre le 40° et le 46° de latitude Nord³⁴. Poursuivant dans cette voie³⁵, le roi de France nomme de Monts lieutenant général pour le représenter dans ce territoire, qu'il délimite de la même façon que l'amiral, sans indiquer aucune limite vers l'ouest. Il lui donne le pouvoir d'y établir, d'y étendre et d'y maintenir son autorité tant et aussi loin qu'il le pourra. Son obligation principale est de peupler et de faire cultiver le territoire avec diligence. Comme à ses prédécesseurs, il lui octroie le pouvoir de nommer des officiers pour l'assister, mais ceux-ci doivent cependant être investis dans leurs fonctions par le roi. Une contrainte semblable à celle qui se trouve dans les lettres patentes anglaises depuis un quart de siècle lui est imposée, puisque les lois, statuts et ordonnances que de Monts est autorisé à prescrire, selon le bon plaisir du roi et en obtenant l'avis de gens prudents et capables, doivent demeurer conformes « autant qu'il se pourra » à ceux de la France³⁶.

Une ordonnance complémentaire vient faciliter l'accomplissement de cette commission et financer les dépenses qu'elle engendre³⁷ : elle assure à de Monts et à ses associés, pendant une période de dix ans, l'exclusivité de

-
33. « Commission de vice-amiral et lieutenant général, 31 octobre 1603 », dans William Inglis MORSE, *Pierre Du Gua, Sieur de Monts – Records : Colonial and « Saintongeois »*, Londres, Bernard Quaritch Ltd., 1939, p. 4, et dans Guy BINOT, *Pierre Dugua de Mons : gentilhomme royannais, premier colonisateur du Canada, lieutenant général de la Nouvelle-France de 1603 à 1612*, Vaux-sur-Mer, Éditions Bonne Anse, 2004, p. 247.
34. Cela va approximativement, pour ce qui est de la délimitation de ce territoire sur la côte atlantique, de Philadelphie jusqu'à l'île du Cap-Breton. La concession ne comprend donc pas Terre-Neuve.
35. « Commission du Roy au Sieur de Monts, pour l'habitation és terres de la Cadie, Canada et autres endroits en la Nouvelle-France, 8 novembre 1603 », dans Marc LESCARBOT, *Histoire de la Nouvelle-France*, vol. 2, Paris, Librairie Tross, 1866, p. 408 ; John George BOURINOT, *Builders of Nova Scotia*, Toronto, Copp-Clark, 1900, p. 98 ; E. HAZARD, préc., note 4, p. 45 ; G. BINOT, préc., note 33, p. 250.
36. M. LESCARBOT, préc., note 35, p. 411.
37. « Défenses du Roy à tous ses sujets autres que le sieur de Monts et ses associez de traffiquer de Pelleteries et autres choses avec les Sauvages de l'étendue du pouvoir par luy donné au-dit sieur de Monts et ses associez, sur grandes peines, 18 décembre 1603 », dans M. LESCARBOT, préc., note 35, p. 415 ; *Collection de manuscrits*, préc., note 29, vol. 1, p. 46. Cette défense est réitérée quelques années plus tard, dans des termes qui la limitent à la traite des pelleteries et qui reconnaissent aux sujets français la liberté de la pêche : « Mandement, 22 janvier 1605 », dans W.I. MORSE, préc., note 33, p. 14, et dans G. BINOT, préc., note 33, p. 258.

la traite des pelleteries et des autres marchandises dans le territoire de la concession, ainsi que dans le golfe et la vallée du Saint-Laurent. Ce monopole se terminera définitivement³⁸ en 1609³⁹, à la demande des habitants de Saint-Malo : faisant de toute évidence référence aux voyages de Cartier, ils invoquent, entre autres, le fait qu'ils sont privés de faire commerce dans ce pays qu'ils ont découvert avec la permission du roi. Comme il avait déjà dû le faire auparavant⁴⁰ après avoir accordé pendant quelques mois un monopole similaire⁴¹, le roi de France donne alors liberté à tous ses sujets de faire commerce au Canada et dans les régions avoisinantes⁴².

-
38. Le monopole est suspendu par le roi en 1607 : « Arrêt du Conseil d'État, révoquant plusieurs commissions, dont celle qui accordait à Pierre du Gua, sieur de Mons, le monopole des castors. 17 juillet 1607 », dans Robert LE BLANT et René BAUDRY, *Nouveaux documents sur Champlain et son époque*, vol. 1, coll. « Publication des Archives publiques du Canada » n° 15, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1967, p. 137. L'année suivante, il est rétabli pour une période d'un an : « Arrêt du Conseil d'État rétablissant, pour un an seulement, le monopole de Pierre du Gua, sieur de Mons, pour la traite des fourrures au Canada. 29 mars 1608 », dans R. LE BLANT et R. BAUDRY, préc., note 38, p. 168 ; voir aussi : « Commission par laquelle le roi Henri IV redonne le monopole de la traite pour un an seulement au sieur de Mons, en lui demandant de "continuer l'habitation qui avoit esté cy devant commencée audit pays", sans l'obligation d'y envoyer des colons, et lui permettant de saisir les vaisseaux des contrevenants, mais sans qu'une amende soit mentionnée, 7 janvier 1608 », dans G. BINOT, préc., note 33, p. 263, et dans Henry Percival BIGGAR, *The Works of Samuel de Champlain*, vol. 2, Toronto, The Champlain Society, 1922-1925, p. 5.
39. « Arrêt du Conseil d'État permettant aux habitants de Saint-Malo et du pays basque de trafiquer librement au Canada, et accordant à Pierre du Gua une compensation de 6000 livres. 6 octobre 1609 », dans R. LE BLANT et R. BAUDRY, préc., note 38, p. 191. L'interdiction de commerce adressée aux sujets du roi est levée, à charge de verser une indemnité à de Monts. Étant donné que celui-ci ne peut connaître le nombre de navires qui vont au Canada, le roi ordonne ultérieurement que cette indemnité soit payée par les marchands de Saint-Malo qui ont fait la traite de pelleteries avec les Amérindiens : « Arrêt du Conseil d'État condamnant les marchands de Saint-Malo à payer seuls l'indemnité de 6000 livres accordée à Pierre du Gua. 23 février 1612 », dans R. LE BLANT et R. BAUDRY, préc., note 38, p. 210.
40. « Arrêt du Conseil d'État, 5 mai 1588 », dans Frédéric JOÛON DES LONGRAIS, *Jacques Cartier – Documents nouveaux*, Paris, Alphonse Picard, 1888, p. 157.
41. Le monopole du commerce au Canada avait alors été accordé aux neveux de Cartier pour une période de douze ans : « Commission à Étienne Chaton et Jacques Nouel, 14 janvier 1588 », dans A. RAMÉ, préc., note 28, p. 34. Il sera révoqué quelques mois plus tard : « Ordonnance, 9 juillet 1588 », dans A. RAMÉ, préc., note 28, p. 48. Pour un exposé des monopoles antérieurs à celui du sieur de Monts, voir M. TRUDEL, préc., note 3, p. 213-244.
42. D'autres monopoles commerciaux seront accordés par le roi de France en Acadie quelques décennies plus tard, mais dans un contexte juridique confus, résultant de concessions multiples et incohérentes les unes avec les autres. À ce sujet, voir : M. TRUDEL, préc., note 3, vol. 3 : « La Seigneurie des Cent-Associés, 1627-1663 », t. 1 : « Les événements », p. 61-100.

Cette première concession territoriale et commerciale constitue une affirmation claire de souveraineté. Elle sert à concrétiser une partie des prétentions de la France au Nouveau Monde, résultant de presque un siècle d'exploration et de tentatives de colonisation. Une autre concession a lieu en 1612, alors que le roi de France choisit un membre de sa famille, le prince de Condé, pour devenir son lieutenant général au Canada⁴³. Il lui accorde des pouvoirs semblables à ceux qui avaient été attribués à de Monts, mais à l'égard d'un territoire différent : la ville de Québec, que les lettres patentes situent au 47^o de latitude Nord, ainsi que toute la vallée du Saint-Laurent en amont, aussi loin qu'il pourra se rendre⁴⁴. Pendant une période de douze ans, il est interdit à tous les sujets français de faire commerce dans ce territoire sans la permission du prince de Condé ; le roi leur laisse toutefois la liberté de commerce dans les autres endroits de la Nouvelle-France⁴⁵. Le roi reprend ainsi la même structure juridique que celle qui a été utilisée pour la concession de l'Acadie à de Monts.

Par l'entremise de Champlain⁴⁶, dont de Monts avait aussi utilisé les services pour la fondation de la ville de Québec, le prince de Condé s'engage envers un groupe de marchands au cours des mois suivant sa nomination et

-
43. «Lettres patentes nommant Henri de Bourbon, prince de Condé, lieutenant-général en Nouvelle-France. 13 novembre 1612», dans R. LE BLANT et R. BAUDRY, préc., note 38, p. 233. Il remplace le comte de Soissons, nommé lieutenant général un mois plus tôt et décédé peu après sa nomination. Quelques années plus tard, les droits du prince de Condé seront temporairement accordés au maréchal de Thémines : «Provisions de la charge de vice-roi du Canada, en faveur du maréchal de Thémines, pendant la détention du prince de Condé. 24 novembre 1616», dans R. LE BLANT et R. BAUDRY, préc., note 38, p. 355 ; dans ce document, le roi de France fait une déclaration relativement à la croissance de sa domination au Canada.
44. L'année suivante, à l'occasion d'hostilités avec des sujets anglais, le roi étend en aval jusqu'à Matane, au 49^o de latitude Nord, le territoire inclus dans le monopole du prince de Condé, des deux côtés du fleuve Saint-Laurent : «Enregistrement des lettres patentes du roi étendant le monopole du prince de Condé de Québec à Matane. 14 novembre 1613», dans R. LE BLANT et R. BAUDRY, préc., note 38, p. 307.
45. «Mandement aux officiers des Amirautes de Normandie, Bretagne, Picardie et Guyenne de faire interdire le commerce au-dessus de Québec, sauf aux personnes ayant pouvoir du prince de Condé et à leurs associés. 13 novembre 1612», dans R. LE BLANT et R. BAUDRY, préc., note 38, p. 239.
46. Champlain prend alors le titre de lieutenant du prince de Condé en Nouvelle-France, aux termes d'une commission de celui-ci reçue le 20 novembre 1612 ; il avait auparavant été nommé commandant de la Nouvelle-France par le comte de Soissons : «Commission de Commandant en la Nouvelle-France par Mr. le comte de Soissons, Lieutenant-Général au dit pays, en faveur du Sieur de Champlain, du 15 octobre 1612», dans *Complément des ordonnances et jugements des gouverneurs et intendants du Canada*, préc., note 28, p. 11 ; H.P. BIGGAR, préc., note 38, vol. 4, p. 209 ; J.-Y. MORIN et J. WOERHLING, préc., note 28, p. 3. À propos des pouvoirs de Champlain, voir aussi : «Commission de Commandant en la Nouvelle-France par M. le Duc de Ventadour, qui était Vice-Roi, en faveur du Sieur

leur promet les autorisations nécessaires pour faire commerce au Canada⁴⁷. En contrepartie, ceux-ci s'obligent à fournir du personnel à Champlain pour la découverte de nouveaux territoires. Leur société commerciale est créée à l'automne 1613, pour une durée de onze ans, sous la dénomination de «Compagnie du Canada⁴⁸». Avant l'expiration de ce terme, toutefois, le roi nomme un nouveau lieutenant général en Nouvelle-France et lui concède le même monopole qu'à son prédécesseur. Sans tenir compte des droits auparavant consentis à la Compagnie du Canada, le nouveau titulaire organise en 1620 la formation d'une autre société commerciale, ayant aussi pour objet le commerce au Canada⁴⁹. Il en résulte un litige, que le Conseil privé du roi tranche en 1622 en faveur de la plus récente société commerciale, à charge d'indemniser la première pour les années de monopole qu'elle perd⁵⁰.

La nouvelle société commerciale porte le nom de «Compagnie de Montmorency», du nom du lieutenant général du roi. Elle s'engage à faire passer six familles en Nouvelle-France et à y construire un certain nombre d'habitations. À titre de représentant du lieutenant général du roi, Champlain obtient la préséance et de pleins pouvoirs de commandement

de Champlain, du 15 Février 1625», dans *Complément des ordonnances et jugements des gouverneurs et intendants du Canada*, préc., note 28, p. 13; H.P. BIGGAR, préc., note 38, vol. 5, p. 142.

47. «Convention [...] pour l'organisation d'une compagnie de commerce au Canada. 5 février 1613», dans R. LE BLANT et R. BAUDRY, préc., note 38, p. 256. Cette convention est ratifiée par des lettres patentes du roi le 31 octobre 1614, tel que le relatent des ordonnances ultérieures: «Arrêt du Conseil d'État ordonnant que Champlain exercera le commandement dans l'habitation de Québec. 18 juillet 1619», dans R. LE BLANT et R. BAUDRY, préc., note 38, p. 394 (ci-après «Arrêt du Conseil d'État, 18 juillet 1619»); «Arrêt du Conseil privé réorganisant la Compagnie de Montmorency, en admettant les anciens membres de la Compagnie du Canada à en faire partie, et en portant à 15 ans la durée de son monopole commercial en Nouvelle-France. 1^{er} avril 1622», dans R. LE BLANT et R. BAUDRY, préc., note 38, p. 432 (ci-après «Arrêt du Conseil privé, 1^{er} avril 1622»).
48. «Acte de constitution de la Compagnie du Canada, ou de Condé. 15 novembre 1613», dans R. LE BLANT et R. BAUDRY, préc., note 38, p. 310.
49. «Articles établissant la Compagnie de Montmorency, 26 novembre 1620», dans R. LE BLANT et R. BAUDRY, préc., note 38, p. 407. Cette convention est ratifiée par des lettres patentes du roi le 12 janvier 1621, tel que le relate une ordonnance ultérieure: Arrêt du Conseil privé, 1^{er} avril 1622, préc., note 47, p. 432.
50. Arrêt du Conseil privé, 1^{er} avril 1622, préc., note 47, p. 432. Le Conseil privé allonge à quinze ans le monopole de la nouvelle compagnie, qu'il rend indépendant de la nomination d'un autre lieutenant général. En outre, il préserve le droit des sujets français de pêcher à Terre-Neuve et sur les côtes de la Nouvelle-France.

dans le territoire de la concession⁵¹. Les articles constituant la société lui donnent aussi l'autorité absolue de faire tout ce qu'il jugera nécessaire pour le bien de la Compagnie. Champlain est notamment investi du pouvoir de juger les Français qui pourraient commettre des forfaits ou des délits, en se conformant aux ordonnances et édits de France.

La nomination du cardinal de Richelieu au poste de grand-maître et surintendant de la marine et de la navigation⁵², en 1628, entraîne un changement majeur de perspective quant au développement des possessions de la France en territoire canadien. La « Compagnie des Cent-Associés », aussi appelée « Compagnie de la Nouvelle-France », est bientôt établie par ce dernier⁵³. L'objectif déclaré du cardinal est de voir au peuplement de la Nouvelle-France, afin qu'elle soit définitivement acquise à la couronne de France; cette affirmation laisse à penser que, aux yeux des autorités françaises, les droits jusqu'alors acquis en territoire canadien présentaient encore une certaine précarité. Il n'y résidait apparemment à cette époque qu'une cinquantaine de Français, pour les seuls besoins du commerce.

Le roi de France entérine ce projet l'année suivante⁵⁴. Comme si toute autre nation en était absente, ce qui n'était pourtant pas le cas, il concède à la Compagnie des Cent-Associés quasiment l'ensemble du continent: la Nouvelle-France est alors décrite comme un immense territoire s'étendant, le long de la côte atlantique, de la Floride jusqu'à l'Arctique et, vers l'intérieur des terres, de l'île de Terre-Neuve jusqu'au lac Huron, et au-delà aussi loin qu'elle pourra se rendre. Le pays lui est concédé à perpétuité, « en toute propriété, justice et seigneurie », le souverain ne se réservant

-
51. La Compagnie du Canada avait auparavant mis en doute l'autorité de Champlain dans la ville de Québec. Champlain avait dû faire établir ses droits par les instances judiciaires françaises: Arrêt du Conseil d'État, 18 juillet 1619, préc., note 47, p. 394.
52. « Lettres de création en faveur du cardinal de Richelieu de la charge de grand-maître et surintendant de la Marine et de la navigation, octobre 1626 », dans A.-J.-L. JOURDAN, DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, préc., note 21, t. 16, p. 194.
53. « Acte pour l'établissement de la Compagnie des Cent Associés pour le commerce du Canada, contenant les articles accordés à la dite Compagnie par M. le Cardinal de Richelieu le 29 avril 1627 », dans *Édits, ordonnances royaux, déclaration et arrêts du Conseil d'état du roi concernant le Canada*, Québec, E.R. Fréchette, 1854, p. 5 (ci-après « *Édits et ordonnances royaux* »); *Collection de manuscrits*, préc., note 29, vol. 1, p. 62; J.-Y. MORIN et J. WOEHRLING, préc., note 28, p. 7.
54. « Déclaration pour la formation des colonies aux Indes Occidentales. Mai 1628 », dans A.-J.-L. JOURDAN, DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, préc., note 21, t. 16, p. 216. Voir aussi: « Arrêt du Conseil du 6 mai 1628, pour la ratification des articles de la Compagnie du Canada des 29 avril et 7 mai 1627 », dans *Édits et ordonnances royaux*, préc., note 53, p. 18; « Lettres Patentes du 6 mai 1628, confirmative de l'arrêt du dit jour et an, pour la ratification des articles de la Compagnie du Canada », dans *Édits et ordonnances royaux*, préc., note 53, p. 19.

que le ressort de la foi et hommage et la faculté d'investir dans leur charge les officiers de justice qui lui seront présentés par la Compagnie des Cent-Associés lorsqu'elle jugera à propos d'en établir⁵⁵. Le roi accorde aussi à la Compagnie un monopole perpétuel quant à la traite des pelleteries et, pour une période de quinze ans, quant à tout autre commerce pouvant se faire en Nouvelle-France.

L'une des obligations imposées à la Compagnie des Cent-Associés consiste à faire passer de 200 à 300 le nombre de sujets français au Canada dès 1628 et à augmenter ensuite ce nombre jusqu'à 4 000 au cours d'une période de quinze ans. Ce peuplement projeté a manifestement pour objet d'accroître l'occupation du territoire de manière permanente. La Compagnie doit les nourrir, les loger et les entretenir pendant le temps nécessaire pour les rendre autonomes et peut leur distribuer des terres s'ils habitent au pays. Comme par le passé, le roi accorde la naturalisation aux descendants des Français nés au Canada.

La Compagnie des Cent-Associés reçoit aussi le pouvoir de nommer les personnes en charge du commandement de la Nouvelle-France. Peu après l'attribution de la concession, le lieutenant général du roi se démet d'ailleurs de sa charge⁵⁶. Désormais, le plus haut dirigeant de la colonie porte le titre de gouverneur et lieutenant général du roi. Bien qu'il soit investi dans ses fonctions par une nomination royale et qu'il continue de représenter la personne du roi, il est choisi par la Compagnie. Ses pouvoirs sont d'ailleurs beaucoup moins amples que ceux des lieutenants généraux nommés au cours de la période antérieure : ils consistent principalement à assurer le commandement militaire de la colonie, à y maintenir l'autorité du roi, à rendre la justice en l'absence d'institutions judiciaires et à voir à l'application des divers documents qui encadrent la structure administrative de la colonie⁵⁷. Ne se trouvent plus désormais dans la commission du gouverneur et lieutenant général les pouvoirs d'exploration et de conquête caractéristiques des commissions précédentes.

55. *Édits et ordonnances royaux*, préc., note 53, p. 7.

56. Le lieutenant-général s'en démet devant notaire le 29 juin 1627 : M. TRUDEL, préc., note 3, vol. 2 : «Le comptoir, 1604-1627», p. 433.

57. «Prolongation de la Commission de Gouverneur et Lieutenant-Général à Québec, accordée par le Roi au Sieur Huault de Montmagny, du 6 juin 1645», dans *Complément des ordonnances et jugements des gouverneurs et intendants du Canada*, préc., note 28, p. 15 ; «Provisions de la charge de Gouverneur et Lieutenant-Général du Roi en Canada, en faveur du Sieur de Lauzon, du 17 janvier 1651» (*id.*, p. 16) ; «Lettres Patentes de Gouverneur de la Nouvelle-France, en faveur du Vicomte d'Argenson, du 26 Janvier 1657» (*id.*, p. 20).

La concession de la Compagnie des Cent-Associés n'atteindra pas les objectifs escomptés. Le roi de France y met fin en 1663⁵⁸, époque à laquelle il donne aussi à la Nouvelle-France ses premières véritables institutions gouvernementales⁵⁹ et réintègre le pays au domaine de la Couronne. L'année suivante, toutefois, la Nouvelle-France est à nouveau concédée à une société commerciale. Dotée de pouvoirs semblables à ceux de la Compagnie des Cent-Associés pour une durée de 40 ans, elle porte la dénomination de « Compagnie des Indes occidentales⁶⁰ ». À celle-ci est attribué un territoire encore plus vaste qu'à la précédente : en Amérique du Nord, il comprend le Canada, l'Acadie et Terre-Neuve, de même que les îles et la terre ferme depuis le nord du Canada jusqu'à la Virginie et la Floride. Le roi de France se justifie de l'étendue de cette concession par la prétention que ces pays lui appartiennent parce qu'ils sont ou qu'ils ont été habités par ses sujets ; il invoque aussi que la Compagnie peut s'y établir en chassant ou en soumettant les Amérindiens et les puissances européennes ne faisant pas partie de son alliance.

La concession de la Compagnie des Indes occidentales est révoquée en 1674⁶¹, mais, cette fois, l'expérience se termine par un constat de succès. Le roi de France juge dorénavant que les revenus tirés d'une telle concession conviennent mieux à la puissance de l'État qu'aux intérêts particuliers de ses propriétaires. La Nouvelle-France est alors définitivement réincorporée au domaine de la Couronne, pour être gouvernée par des institutions établies par le roi et des officiers nommés de plein droit par ce dernier. Sans être pourvues d'aussi larges pouvoirs, quelques concessions localisées sont par la suite accordées pour marquer la présence française dans des régions périphériques. Ainsi, Cavalier de La Salle reçoit en 1675, à titre de fief et avec tous les droits de seigneurie et justice, le fort Frontenac situé sur le lac Ontario ainsi que la région qui l'entoure⁶². Au cours de la décennie suivante,

58. « Délibération de la Compagnie de la Nouvelle-France pour l'abandon du Canada à Sa Majesté très chrétienne. 14 février, 1663 », dans *Édits et ordonnances royaux*, préc., note 53, p. 30. Cette décision est prise en fonction de la volonté expresse du roi de reprendre possession du pays puisque la Compagnie n'était pas assez puissante pour le soutenir et le défendre : « Acceptation du roi de la démission de la Compagnie de la Nouvelle-France, mars 1663 », dans *Édits et ordonnances royaux*, préc., note 53, p. 31.

59. Voir *infra*, section 4.

60. « Établissement de la Compagnie des Indes Occidentales, mai 1664 », dans *Édits et ordonnances royaux*, préc., note 53, p. 40.

61. « Édit du Roi portant révocation de la Compagnie des Indes-Occidentales [...], décembre 1674 », dans *Édits et ordonnances royaux*, préc., note 53, p. 74.

62. « Lettres patentes de concession du fort Frontenac et terres adjacentes au profit du sieur de la Salle données à Compiègne, le 13 may 1675 », dans Pierre MARGRY, *Découvertes et établissements des Français dans l'ouest et dans le sud de l'Amérique septentrionale 1614-1698*, vol. 1, New York, AMS Press, 1974, p. 283 ; Richard A. PRESTON et Léopold

des territoires bordant la baie d'Hudson sont aussi concédés à une société commerciale appelée « Compagnie du Nord⁶³ ».

Tout comme la France, l'Angleterre passe à la méthode de la concession territoriale en Amérique du Nord au début du xvii^e siècle. Plutôt que de concentrer en une seule concession les droits qu'elle y accorde, comme le fait son rival, le roi d'Angleterre les morcelle en concessions multiples. Bien qu'il s'intéresse plus particulièrement à la partie du continent à même laquelle seront formés les États-Unis d'Amérique au siècle suivant, plusieurs concessions concernent le territoire canadien, où la France est déjà présente. Les prétentions contradictoires des puissances européennes commencent à se manifester dès la première concession anglaise, celle de la Virginie, en 1606⁶⁴ : elle s'étend du 34^o au 45^o de latitude Nord, de sorte qu'elle recoupe en partie celle qui a été consentie quelques années plus tôt à de Monts par le roi de France⁶⁵.

En concédant l'île de Terre-Neuve à un groupe de marchands anglais en 1610⁶⁶, le roi d'Angleterre prend explicitement appui sur l'occupation

LAMONTAGNE, *Royal Fort Frontenac*, Toronto, The Champlain Society, 1958, p. 318. Cette concession demeure sous l'autorité du lieutenant général de la Nouvelle-France, il est possible d'en appeler auprès de ce dernier des jugements qui y sont rendus. Trois ans plus tard, le roi permet à Cavalier de La Salle de travailler à la découverte de la partie occidentale de la Nouvelle-France et lui concède, aux mêmes conditions, les forts qu'il pourra y construire : « Lettres patentes données à Saint-Germain en Laye, le 12 may 1678 », dans P. MARGRY, préc., note 62, p. 337, et dans R.A. PRESTON et L. LAMONTAGNE, préc., note 62, p. 323. Le fort Frontenac sera ensuite abandonné par Cavalier de La Salle, repris par le roi et cédé à la colonie du Canada : « Extrait des registres du Conseil d'Etat, 9 octobre 1703 », dans R.A. PRESTON et L. LAMONTAGNE, préc., note 62, p. 332.

63. « Contract of concession for Hudson Bay [1685], 20 May 1685 », dans Cornelius J. JAENEN, *The French Regime in the Upper Country of Canada during the Seventeenth Century*, Toronto, The Champlain Society, 1996, p. 200.
64. « The first Charter of Virginia of April 10, 1606 », dans D.B. QUINN, préc., note 18, vol. 5, p. 191, et dans W.F. SWINDLER, préc., note 24, vol. 10, p. 17. Le continent y est pour la première fois désigné par le monarque anglais, dans un document de cette nature, sous le nom d'« Amérique ».
65. Le territoire compris dans les deux concessions s'étend donc approximativement, pour ce qui est de la délimitation de ce territoire sur la côte atlantique, de Philadelphie jusqu'à Halifax.
66. « London and Bristol Company's Charter, 2 May 1610 », dans Keith MATTHEWS, *Collection and Commentary on the Constitutional Laws of Seventeenth Century Newfoundland*, St. John's, Maritime History Group, Memorial University of Newfoundland, 1975, p. 17 ; Daniel WOODLEY PROWSE, *A History of Newfoundland, from the English, Colonial, and Foreign Records*, 2^e éd., Londres, Eyre and Spottiswoode, 1896, p. 122 ; D.B. QUINN, préc., note 18, vol. 4, p. 133. Une version française de cette chartre se trouve dans *Mémoires des commissaires du roi et ceux de Sa Majesté britannique sur les possessions & les droits respectifs des deux couronnes en Amérique, avec les actes*

préalable des côtes de l'île par des pêcheurs anglais. Il mentionne aussi que l'absence d'habitants dans l'île lui permet de l'occuper sans contrevenir aux principes du droit international, puisqu'aucune autre puissance ne peut prétendre y avoir établi sa souveraineté. Tout comme les lettres patentes accordées par le roi d'Angleterre au cours du siècle précédent, cette concession de l'île de Terre-Neuve comprend des pouvoirs pléniers quant au gouvernement de toute colonie qui y serait établie. Les concessions subséquentes accordées par le roi d'Angleterre dans l'île de Terre-Neuve contiennent des dispositions similaires⁶⁷.

En 1620⁶⁸, le roi d'Angleterre réorganise la concession de la Virginie pour créer la Nouvelle-Angleterre : son territoire comprend toute la partie du continent américain située entre le 40° et le 48° de latitude Nord, ce qui porte les prétentions anglaises jusqu'au nord de la ville de Québec⁶⁹. La charte qu'il accorde alors pour la création de la colonie fait état qu'aucune autre nation européenne n'a acquis de droits dans ce territoire ni n'en a la possession. À moins qu'elle ne résulte d'une méconnaissance des faits ou de la géographie du continent, une telle affirmation n'attribue donc aucune valeur à l'occupation d'une partie de ce territoire par la France. Cette charte pourrait ainsi exprimer tacitement le refus du roi d'Angleterre de reconnaître les prétentions formées par la France au moyen des concessions qu'elle avait accordées depuis le début du siècle.

L'année suivante, avec l'objectif déclaré d'y implanter une colonie, le roi d'Angleterre forme la Nouvelle-Écosse⁷⁰ à même une large partie de la

publics & pièces justificatives, vol. 2, Paris, Imprimerie royale, 1755, p. 448 (ladite charte est datée du 27 avril 1610 et adressée au comte de Northampton) (ci-après «*Mémoires des commissaires*»).

67. «Charter granted to Sir George Calvert, Lord Baltimore, 7 April 1623», dans K. MATTHEWS, préc., note 66, p. 39; D.W. PROWSE, préc., note 66, p. 131; «Grant of Newfoundland to the Marquis Hasmlton and David Kirke, 13 November 1637», dans K. MATTHEWS, préc., note 66, p. 82. À compter du moment où les autorités britanniques adoptent elles-mêmes une réglementation de la pêche à Terre-Neuve (voir *infra*, section 5), une limite apparaît toutefois dans le texte de la concession, qui empêche leurs titulaires de rendre les lois qu'ils ont le pouvoir d'adopter applicables aux personnes qui vont à Terre-Neuve à la seule fin d'y pêcher.
68. «Charter of New England, 3 November 1620», dans W.F. SWINDLER, préc., note 24, vol. 5, p. 16.
69. Le territoire compris dans cette concession s'étend donc approximativement, pour ce qui est de la délimitation de ce territoire sur la côte atlantique, jusqu'à la baie des Chaleurs et, à l'intérieur du continent, jusqu'au lac Supérieur.
70. Les couronnes d'Angleterre et d'Écosse avaient été réunies en une seule personne lors de l'accession au trône d'Angleterre de Jacques 1^{er}, en 1603. L'Écosse sera formellement réunie à l'Angleterre le 1^{er} mai 1707 pour former la Grande-Bretagne : *An Act for an Union of the Two Kingdoms of England and Scotland*, 1706, 5 & 6 Ann., c. 8 (R.-U.), art. 1.

côte atlantique, comprenant notamment la péninsule gaspésienne et recoupant l'Acadie que la France y avait auparavant établie⁷¹. La concession qu'il accorde alors à Alexander inclut les droits les plus étendus quant au gouvernement et à l'exploitation du territoire. Utilisant une formule semblable à celle des commissions accordées par le roi de France, la concession lui attribue le statut de lieutenant général, représentant la personne du souverain dans ce territoire, avec le pouvoir d'y faire toute chose qu'il pourrait faire lui-même s'il y était présent. Les lois qu'il est autorisé à adopter doivent autant que possible demeurer conformes à celles d'Écosse⁷², mention qui introduit temporairement au Canada un troisième système juridique européen, après celui de la France et celui de l'Angleterre. Dans le contexte d'une seconde concession, en 1625⁷³, le roi d'Angleterre incorpore la Nouvelle-Écosse au royaume d'Écosse.

Au tournant des années 1630, pendant la courte période durant laquelle la France perd le contrôle de ses possessions en Amérique du Nord, Alexander reçoit du roi d'Angleterre une concession à l'égard du territoire de la Nouvelle-France⁷⁴ : elle englobe l'ensemble des îles situées dans le golfe du Saint-Laurent entre Terre-Neuve et la Nouvelle-Écosse, celles qui

-
71. «Charter in favour of Sir William Alexander, Knight, of the Lordship and Barony of New Scotland in America, 10 September, 1621 », dans J.G. BOURINOT, préc., note 35, p. 105, et dans Edmund FARWELL SLAFTER, *Sir William Alexander and American Colonization*, New York, Burt Franklin, 1966, p. 127 ; la version originale, en latin, est publiée dans David LAING, *Royal Letters, Charters and Tracts, relating to the Colonization of New Scotland, and the Institution of the Order of Knight Baronets of Nova Scotia 1621-1638*, Édimbourg, Bannatyne Club, 1867, p. 3.
72. «[S]o that said laws may be as consistent as possible with those of our realm of Scotland » : J.G. BOURINOT, préc., note 35, p. 109.
73. «Novodamus Charter of New Scotland in America, in favor of Sir William Alexander of Menstrie, Knight, 12 July, 1625 », dans E.F. SLAFTER, préc., note 71, p. 217, et dans *Mémoires des commissaires*, préc., note 66, vol. 2, p. 226. La concession contient des dispositions semblables à celle de 1621. D'autres concessions seront accordées par les autorités anglaises dans ce territoire pendant la période républicaine. En 1656, peu après la conclusion du traité de Westminster (*infra*, note 86), Cromwell concède l'Acadie, ainsi que la partie de la Nouvelle-Écosse qui n'a pas déjà été concédée à d'autres : « Traduction informe de la concession faite par Cromwel aux fieurs Charles de Saint-Étienne, qualifié baron d'Écoffe, Crowne & Temple, du 9 août 1656 », dans *Mémoires des commissaires*, préc., note 66, vol. 2, p. 511 ; E. HAZARD, préc., note 4, p. 616. Une concession viagère du gouvernement de la Nouvelle-Écosse, accompagnée d'une concession territoriale, intervient aussi quelques années plus tard en faveur de Temple : « Décision du 23 avril 1662 », dans William LAWSON GRANT, James MUNRO et Almeric William FITZROY, *Acts of the Privy Council of England, Colonial Series*, vol. 1 : « 1613-1680 », Hereford, Antony Brothers, 1908, p. 330.
74. «Charter in favor of Sir William Alexander, Knight, Of the Country and Lordship of Canada in America, 2 February 1628-9 », dans E.F. SLAFTER, préc., note 71, p. 239. À ce sujet, voir aussi l'entrée du 4 février 1629 dans William Noël SAINSBURY et Kenneth

se trouvent dans le Saint-Laurent jusqu'à sa source, ainsi qu'une étendue de terre de 50 lieues sur la terre ferme de chaque côté du fleuve ; l'ensemble de ce territoire est érigé en seigneurie. Des droits et privilèges analogues à ceux qui ont été octroyés dans les chartes consenties par le roi d'Angleterre pour la Nouvelle-Écosse sont accordés au concessionnaire.

Quelques décennies plus tard, la Compagnie de la Baie d'Hudson est créée⁷⁵. Le roi d'Angleterre lui accorde l'exclusivité du commerce dans cette partie du continent drainée par la baie d'Hudson et lui concède toutes les terres de cette région qui ne sont pas déjà possédées par des sujets anglais ou les sujets d'autres princes chrétiens. Il attribue à ce territoire la dénomination de « Terre de Rupert » et le statut de colonie. La Compagnie en devient seigneur et propriétaire absolu, sous réserve de l'allégeance envers le roi, qui en conserve aussi la souveraineté. À ce titre, la Compagnie de la Baie d'Hudson possède d'aussi vastes pouvoirs de gouvernement que les autres concessionnaires du roi d'Angleterre en territoire canadien.

Nombre des concessions consenties par la France ou l'Angleterre au cours du XVII^e siècle ne connaissent qu'un succès éphémère. Celles que l'Angleterre accorde à Terre-Neuve ou dans ce vaste territoire de la côte atlantique que constitue alors la Nouvelle-Écosse n'ont pas de suites véritables. Pour sa part, la France préfère bientôt établir des institutions coloniales là où elle avait accordé de telles concessions. Pour l'une comme pour l'autre puissance, ce mode d'appropriation du territoire ne constitue qu'une étape intermédiaire dans l'implantation de la souveraineté. Il ne réussira véritablement que dans le nord-ouest du pays, où il se maintiendra de façon durable jusqu'à la formation de la fédération canadienne en 1867.

Ces concessions démontrent toutefois avec éloquence l'ambiguïté du droit international de l'époque quant à l'acquisition de droits de souveraineté par les puissances européennes en Amérique. Parce qu'il n'existe pas

Gordon DAVIES, *Calendar of State Papers, Colonial Series, 1574-1660*, Londres, Longman, Green, Longman & Roberts, 1860, p. 96 ; voir aussi l'entrée du 26 février 1631 et l'entrée du 11 mai 1633, respectivement aux pages 128 et 165.

75. «The Royal Charter incorporating the Hudson's Bay Company, 2 May 1670», dans Edmund Henry OLIVER, *The Canadian North-West – Its Early Development and Legislative Records – Minutes of the Council of the Red River Colony and the Northern Department of Rupert's Land*, vol. 1, Ottawa, Government Printing Bureau, 1914, p. 135 ; *Charters, Statutes, Orders in Council, etc. Relating to the Hudson's Bay Company*, Londres, Hudson's Bay Company, 1931, p. 3 ; Edwin Ernest RICH, *Minutes of the Hudson's Bay Company*, vol. 1 : «1671-1674», Toronto, Champlain Society, 1942, p. 129. En 1688, le Conseil privé de Londres approuve une proclamation royale prohibant aux sujets de Sa Majesté de faire le commerce dans le territoire attribué à la Compagnie de la Baie d'Hudson : «Décision du 30 mars 1688», dans W.L. GRANT, J. MUNRO et A.W. FITZROY, préc., note 73, vol. 2 : «1680-1720», p. 108.

de règles communément acceptées à ce sujet, les concessions accordées par les souverains français et anglais fournissent l'occasion d'une remarquable démesure. Les très vastes territoires concédés excèdent largement l'occupation réelle des sujets français ou anglais en Amérique et incluent peut-être même des régions qu'elles n'ont jamais explorées. D'autre part, ces concessions ne tiennent compte bien souvent ni de la présence des autres puissances européennes en Amérique, ni des concessions déjà accordées par celles-ci dans le territoire qu'elles englobent et qui sous-entendent, elles aussi, une prétention à la souveraineté. Enfin, à l'égard des communautés amérindiennes qui se trouvent déjà sur les lieux, des affirmations aussi péremptoires ne peuvent vraisemblablement remplacer les moyens légitimes d'acquisition de la souveraineté, comme l'occupation, la conquête ou la cession, là où les prétentions des uns heurtent celles des autres. Bien qu'elles puissent équivaloir à une affirmation de souveraineté englobant l'ensemble des terres qu'elles visent, l'effet juridique de si larges concessions est probablement beaucoup plus limité. Tout au plus indiquent-elles un programme d'expansion, que les concessionnaires peuvent mettre en œuvre au nom du souverain qui les avantage, dans la mesure où personne n'y fait échec.

À défaut de fixer des balises à l'implantation des puissances européennes en Amérique, le droit international leur fournit cependant un mécanisme de conciliation de leurs prétentions contradictoires : la conclusion de traités.

3 La conclusion de traités internationaux

Le territoire canadien ne commence à faire l'objet de traités internationaux entre les Européens que plus d'un siècle après le voyage fondateur de Cabot. Avant le premier tiers du XVII^e siècle, il n'est pas question du Canada dans les traités de paix ou de commerce conclus entre la France et l'Angleterre⁷⁶. Peu après les expéditions de Cartier et de Roberval, une

76. À titre d'exemple : « Traité de confédération et d'alliance entre Charles IX, roi de France et Élisabeth, reine d'Angleterre, Blois, 29 avril 1572 » ; « Alliance offensive et défensive entre Henri IV, roi de France, et Élisabeth, reine d'Angleterre avec accession des états-généraux des Provinces-Unies, La Haye, 31 octobre 1596 » ; « Traité de commerce entre Henri IV, roi de France, et Jacques 1^{er}, roi d'Angleterre, Paris, 24 février 1606 » ; « Traité de confédération et d'alliance entre Louis XIII, roi de France, et Jacques 1^{er}, roi d'Angleterre, Londres, 29 août 1610 ». Ces traités sont reproduits dans Jean DU MONT, *Corps universel diplomatique du droit des gens : Contenant Un Recueil Des Traitez D'Alliance, De Paix, De Trêve, De Neutralité, De Commerce, D'Échange, de Protection & de Garantie, de toutes les Conventions, Transactions, Pactes, Concordats, & autres Contrats, qui ont été faits en Europe, depuis le Règne de l'Empereur Charlemagne jusques à présent ; Avec Les Capitulations Imperiales Et Royales*, t. 5, Amsterdam,

allusion indirecte y est faite entre la France et l'Espagne, en marge de la négociation du traité de Crépy-en-Laonnois de 1544 : accédant temporairement les droits accordés à sa rivale par la bulle pontificale de 1493⁷⁷, la France se déclare alors prête à ne rien entreprendre dans les parties du Nouveau Monde déjà découvertes ou qui restent à découvrir, sinon que d'y faire commerce⁷⁸ ; les traités conclus entre les deux pays durant la seconde moitié du siècle sont cependant muets à propos de cette question⁷⁹.

La présence concurrente de la France et de la Grande-Bretagne en territoire canadien ainsi que les droits conflictuels qu'elles y concèdent suscitent de nombreux affrontements entre les deux puissances jusqu'au milieu du xviii^e siècle. Plusieurs traités servent à délimiter leurs prétentions respectives, sans parvenir d'abord à le faire durablement. Ils sont globalement favorables à la France au cours du xvii^e siècle, mais la Grande-Bretagne parvient ensuite à imposer sa suprématie. Le texte de ces traités ne permet pas de mesurer directement l'influence qu'ont pu avoir sur leur contenu les actes auparavant accomplis par les belligérants pour occuper le territoire et en acquérir la souveraineté. Ils expriment un rapport de force, celui des armes ou de la politique, plutôt qu'ils ne déclarent l'étendue des droits préalablement acquis par chacun en territoire canadien. Néanmoins, par le fait même de leur existence, ces traités donnent une légitimité internationale aux prétentions territoriales de leurs signataires.

Le premier affrontement substantiel entre la France et l'Angleterre à propos du territoire canadien survient à la fin des années 1620. Il tourne d'abord à l'avantage des Anglais et la ville de Québec, établie depuis peu,

Brunel, Wetstein, Smith, Waesberge & Chatelain, 1728, partie I, aux pages 211 et 531, et partie II, aux pages 61 et 149. Le traité de 1606 est aussi reproduit dans A.-J.-L. JOURDAN, DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, préc., note 21, t. 15, p. 294.

77. Voir, *supra*, note 5.

78. Cet article séparé a été convenu par les plénipotentiaires français à l'occasion du traité de Crépy-en-Laonnois, 18 septembre 1544, dans F.G. DAVENPORT, préc., note 5, p. 205. Cet article n'obtiendra cependant pas les ratifications requises pour produire des effets.

79. Par exemple : « Traité de paix et d'alliance avec Philippe II, roi d'Espagne. Cateau-Cambresis, 3 avril 1559 », dans A.-J.-L. JOURDAN, DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, préc., note 21, t. 13, p. 515 ; « Traité de paix entre Henri IV, roi de France, Philippe II, roi d'Espagne et Charles-Emmanuel, duc de Savoie, Vervins, 2 mai 1598 », dans J. DU MONT, préc., note 76, t. 5, partie I, p. 561. Pour une analyse des rapports des deux pays concernant le Nouveau Monde, voir : Henry FOLMER, *Franco-Spanish Rivalry in North America, 1524-1763*, California, A.H. Clark, 1953.

est contrainte de capituler⁸⁰. Par le traité de Suze de 1629⁸¹, les souverains des deux pays conviennent d'abord de cesser les hostilités. Puis, en vertu du traité de Saint-Germain-en-Laye de 1632⁸², l'Angleterre promet de rendre tous les lieux qu'elle occupe en Nouvelle-France, dans l'Acadie et au Canada. Cette première entente internationale concernant le territoire canadien permet à la France de faire reconnaître ses prétentions en Amérique du Nord, particulièrement à l'égard de la vallée du Saint-Laurent. Elle fournit donc une assise juridique élargie aux droits qu'elle venait tout juste de concéder à la Compagnie des Cent-Associés⁸³. À l'inverse, la concession que l'Angleterre avait accordée à la même époque dans cette région⁸⁴ devient sans objet. L'Angleterre n'y fera d'ailleurs plus aucune concession, ce qui permet de prendre la mesure de la portée de ce traité dans l'affermissement des droits de la France en Amérique.

Par ailleurs, la situation de l'Acadie demeure trouble. Bien qu'elle ait été restituée à la France au moyen du traité de Saint-Germain-en-Laye, l'Angleterre y maintiendra ses prétentions, qu'elle avait exprimées notamment par des concessions à Alexander en 1621 et en 1625⁸⁵. Par le traité de Westminster de 1655⁸⁶, les deux puissances conviennent de nommer des commissaires pour régler leur différend à l'égard de certains forts situés en Acadie ; peu après, les autorités civiles de l'Angleterre accordent toutefois de nouvelles concessions dans ce territoire⁸⁷. Dans le traité de Breda de 1667⁸⁸, après la restauration de la monarchie, le roi d'Angleterre accepte à nouveau de rendre l'Acadie : il signe en ce sens un acte formel de cession

80. «Capitulation de Québec, articles demandés par les lieutenants de Champlain & du Pont, le 19 juillet 1629», dans *Mémoires des commissaires*, préc., note 66, vol. 2, p. 489 ; E. HAZARD, préc., note 4, p. 285.

81. «Traité de paix et confédération entre Louis XIII, roi de France, et Charles 1^{er}, roi d'Angleterre, Suze, 24 avril 1629», dans J. DU MONT, préc., note 76, t. 5, partie II, p. 580, art. 2 et 9.

82. «Traité entre Louis XIII, roi de France, et Charles 1^{er} roi d'Angleterre, pour la restitution de la Nouvelle-France, l'Acadie et le Canada et des navires et marchandises pris de part et d'autre, Saint-Germain-en-Laye, 29 mars 1632», dans J. DU MONT, préc., note 76, t. 6, partie I, p. 31 ; *Collection de manuscrits*, préc., note 29, vol. 1, p. 86.

83. Voir *supra*, note 53.

84. Voir *supra*, note 74.

85. Voir *supra*, notes 71 et 73.

86. «Traité de Westminster, 3 novembre 1655», dans Clive PARRY, *The Consolidated Treaty Series*, vol. 4, New York, Oceana Publications, 1969, p. 1, art. 24 et 25. Port-Royal avait capitulé l'année précédente : «Capitulation de Port-Royal. Le 16 août, 1654», dans *Collection de manuscrits*, préc., note 29, vol. 1, p. 145, et dans *Mémoires des commissaires*, préc., note 66, vol. 2, p. 507.

87. Voir *supra*, note 73.

88. «Traité de Breda, 21(31) juillet 1667», dans C. PARRY, préc., note 86, vol. 10, p. 215, art. 10.

en faveur du roi de France, dans lequel il y reconnaît, à perpétuité, la souveraineté de ce dernier⁸⁹. Ces représentations n'empêcheront cependant pas l'Angleterre d'incorporer le territoire de l'Acadie dans la concession qu'elle accorde en 1691 pour la formation du Massachusetts⁹⁰.

Deux autres traités conclus au cours du XVII^e siècle maintiennent les belligérants dans leurs positions respectives en Amérique du Nord. En vertu du traité de Whitehall de 1686⁹¹, la France et la Grande-Bretagne s'engagent à conserver la paix dans tous les endroits relevant de leur juridiction. Chacune des deux puissances y conserve ses droits et ses prérogatives. Elles prennent aussi l'engagement de faire en sorte que leurs ressortissants respectifs n'apportent aucun obstacle à l'établissement de colonies ou à leurs activités commerciales. Par le traité de Ryswick de 1697⁹², la France et la Grande-Bretagne se restituent l'une à l'autre les places qu'elles possédaient avant la guerre à laquelle ce traité met fin. Elles conviennent de nommer des commissaires pour examiner et déterminer les droits et prétentions de chaque partie à l'égard de la baie d'Hudson, où leurs prétentions respectives s'étaient alors aussi heurtées.

Le traité d'Utrecht de 1713⁹³ marque un point tournant dans le partage de la souveraineté au Canada. Une partie de l'empire français en Amérique est définitivement perdue et la Grande-Bretagne y amorce une domination qui sera complétée un demi-siècle plus tard. De toute évidence soigneusement choisi, le vocabulaire employé dans ce traité pour constater l'entente entre les deux puissances fait usage de concepts juridiques différents à l'égard de chacune des portions de territoire qui en est l'objet. Après plus de deux siècles d'exploration, d'occupation et de colonisation, ces nuances

89. « Acte de cession de l'Acadie au Roi de France, du 17 février 1667-8 », dans *Mémoires des commissaires*, préc., note 66, vol. 2, p. 292. Une convention est signée entre les délégués respectifs des deux couronnes pour assurer l'exécution de cette partie du traité : « Traité entre les Sieurs de Grandfontaine & Temple, 7 juillet 1670 », dans *Collection de manuscrits*, préc., note 29, vol. 1, p. 198 ; voir aussi à ce sujet : « Certificat de la reddition du Fort de Port Royal en L'Acadie, 2 septembre 1670 », dans *Collection de manuscrits*, préc., note 29, vol. 1, p. 201.

90. « Charter of Massachusetts Bay, 7 October 1691 », dans W.F. SWINDLER, préc., note 24, vol. 5, p. 75.

91. « Traité de Whitehall, 6 (16) novembre 1686 », dans C. PARRY, préc., note 86, vol. 18, p. 83, art. 1, 4, 5 et 11 ; *Édits et ordonnances royaux*, préc., note 53, p. 257 ; *Collection de manuscrits*, préc., note 29, vol. 1, p. 372.

92. « Traité de Ryswick, 20 septembre 1697 », dans C. PARRY, préc., note 86, vol. 21, p. 409, art. 7 et 8 ; *Collection de manuscrits*, préc., note 29, vol. 2, p. 227. Port-Royal avait à nouveau capitulé en 1690 : « Capitulation de Port Royal, 21 mai 1690 », dans *Collection de manuscrits*, préc., note 29, vol. 2, p. 7.

93. « Traité d'Utrecht, 11 avril 1713 », dans C. PARRY, préc., note 86, vol. 27, p. 475, art. 10, 12 et 13.

permettent de circonscrire la compréhension mutuelle des métropoles à l'égard des droits qu'elles prétendaient avoir jusqu'alors pu établir dans diverses parties du territoire canadien.

En ce qui a trait à l'Acadie ou Nouvelle-Écosse, la France s'engage à remettre des documents officiels faisant foi de la cession qui en est faite à perpétuité à la Grande-Bretagne⁹⁴. La cession comporte la souveraineté, la propriété, la possession et tous les droits que la France ou ses sujets y ont acquis⁹⁵. L'utilisation du concept de cession implique une reconnaissance par la Grande-Bretagne que la France détenait auparavant des droits valables à l'égard de ce territoire. Cette position est d'ailleurs cohérente avec celle que les deux puissances avaient prise dans le contexte de leurs précédents traités.

À l'inverse, en acceptant de restituer la baie d'Hudson à la Grande-Bretagne, la France reconnaît donc que cette dernière y possédait des droits préalables, vraisemblablement usurpés par la France. Cette disposition permet à la Grande-Bretagne de consolider les assises de la concession faite en 1670 à la Compagnie de la Baie d'Hudson⁹⁶. Enfin, les parties au traité d'Utrecht conviennent que l'île de Terre-Neuve appartiendra désormais à la Grande-Bretagne et que la France lui remettra le fort de Plaisance et les autres lieux possédés par les Français dans l'île, tout en y conservant un droit de pêche limité. Une telle formulation laisse entendre que la France avait valablement acquis certains droits à Terre-Neuve, sans qu'ils aient atteint la consistance suffisante pour justifier d'en faire cession, et que ceux de la Grande-Bretagne n'y paraissaient pas contestables.

Le traité de Paris de 1763⁹⁷ consacre le retrait définitif de la France du territoire canadien, à l'exception des petites îles de Saint-Pierre et Miquelon,

94. Port-Royal avait dû capituler une nouvelle fois au cours de la guerre, la capitulation exigeant des habitants qui désiraient rester sur les lieux de prêter un serment d'allégeance et de loyauté à Sa Majesté britannique : « Traité de capitulation de Port-Royal, 2 octobre 1710 », dans Thomas Chandler HALIBURTON, *An Historical and Statistical Account of Nova Scotia*, Halifax, J. Howe, 1829, ouvrage ultérieurement publié sous le titre suivant : *History of Nova Scotia*, vol. 1, Belleville, Mika Publishing, 1973, p. 86, art. 5.

95. Par ailleurs, la France conserve l'île du Cap-Breton et toutes les autres îles situées dans l'embouchure et dans le golfe du Saint-Laurent. La Grande-Bretagne reconnaît à nouveau les droits de la France à l'égard de l'île du Cap-Breton par le traité d'Aix-la-Chapelle de 1748, en s'engageant à la lui restituer, de même que toutes ses autres conquêtes dans les Indes occidentales : « Traité d'Aix-la-Chapelle, 18 octobre 1748 », dans C. PARRY, préc., note 86, vol. 38, p. 297, art. 5 et 7.

96. Voir *supra*, note 75.

97. « Traité de Paris, 10 février 1763 », dans C. PARRY, préc., note 86, vol. 42, p. 279, art. 4-6 ; Adam SHORTT et Arthur George DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, vol. 1, 2^e éd. rév. par le Bureau de publication des documents

situées à proximité de Terre-Neuve⁹⁸. Par l'usage de termes analogues à ceux qui ont été employés à l'égard de l'Acadie, la France cède le Canada à la Grande-Bretagne, avec toutes ses dépendances, ainsi que le Cap-Breton et les autres îles du golfe Saint-Laurent et du fleuve Saint-Laurent. Le traité contient également une renonciation par la France à toutes ses prétentions en Acadie ou Nouvelle-Écosse⁹⁹.

Échelonnés sur une période de plus d'un siècle, ces traités marquent graduellement la fin de la concurrence entre les deux puissances européennes quant à l'appropriation du territoire canadien. Dans les régions où la paix est acquise par la renonciation de l'une des métropoles à ses droits ou à ses prétentions, les traités internationaux créent les conditions nécessaires pour permettre la fondation durable d'institutions coloniales. Un nouveau mécanisme d'établissement de la souveraineté commence alors à être utilisé.

4 La création d'institutions coloniales

La création d'institutions coloniales dans les territoires occupés par les puissances européennes au Canada constitue l'aboutissement logique du processus de délégation de pouvoirs commencé au tournant du *xvi^e* siècle, ainsi que l'étape ultime de l'établissement de leur souveraineté. C'est tout naturellement autour de la personne du représentant royal que sont créées les premières institutions canadiennes.

En Nouvelle-France, les institutions coloniales sont d'abord intégrées dans une structure où subsistent encore les droits des concessionnaires

historiques, Ottawa, T. Mulvey, 1921, p. 83 ; André TREMBLAY, *Droit constitutionnel canadien et québécois – Documents*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 21 ; J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, préc., note 28, p. 55. Les villes de Québec et de Montréal avaient préalablement capitulé : « Articles de la capitulation de Québec, 18 septembre 1759 », dans A. SHORTT et A.G. DOUGHTY, préc., note 97, p. 1, dans A. TREMBLAY, préc., note 97, p. 3, et dans J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, préc., note 28, p. 43 ; « Articles de la capitulation de Montréal, 8 septembre 1760 », dans A. SHORTT et A.G. DOUGHTY, préc., note 97, p. 5, dans A. TREMBLAY, préc., note 97, p. 7 et dans J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, préc., note 28, p. 45.

98. Elles seront cédées en toute propriété à la France vingt ans plus tard : « Traité de Versailles, 3 septembre 1783 », dans C. PARRY, préc., note 86, vol. 48, p. 437, art. 4.

99. Au cours de la guerre de l'Indépendance des États-Unis d'Amérique, qui remet en cause les droits de la Grande-Bretagne en Amérique du Nord, la France réitérera son désintéressement à l'égard du territoire canadien. En vertu du traité de Paris de 1778, conclu avec les États-Unis d'Amérique, la France renonce ainsi à posséder aucune partie de l'Amérique de Nord qui, avant le traité de Paris de 1763 ou en vertu de ce traité, a été reconnue comme appartenant à la Grande-Bretagne ou aux États-Unis : « Traité de Paris, 6 février 1778 », dans C. PARRY, préc., note 86, vol. 46, p. 447, art. 6.

du territoire. Au début de 1645, la Compagnie des Cent-Associés remet aux habitants le contrôle du commerce des pelleteries dans le bassin du Saint-Laurent, à charge pour eux de payer les dépenses d'entretien de la colonie¹⁰⁰. Un conseil est établi deux ans plus tard par le roi de France pour encadrer les droits et les obligations résultant de cette entente. Pendant une quinzaine d'années, ce conseil prendra différentes formes et les habitants des villes de la Nouvelle-France seront autorisés à y déléguer des représentants. Ses attributions comportent l'autorité générale de pouvoir «à tout ce qui sera nécessaire pour la traite et le bien du dit pays¹⁰¹», ainsi que de pleins pouvoirs en matière commerciale¹⁰². À compter de 1657, il prend la dénomination de «Conseil de la traite¹⁰³».

C'est au moment de la terminaison prématurée de la concession de la Compagnie des Cent-Associés que sont établies les deux institutions centrales de la Nouvelle-France : le Conseil souverain de Québec et l'intendant de police, justice et finance. Aux préoccupations presque exclusivement commerciales qui constituaient jusqu'alors la fonction principale du conseil mis en place par le roi, sont dorénavant substituées des attributions beaucoup plus amples pour chacune de ces deux institutions. Ce changement de perspective quant à l'encadrement juridique de la Nouvelle-France permet d'y implanter les bases d'une administration gouvernementale nécessaire à son développement. Il constitue aussi une manifestation

100. La convention intervenue entre la Compagnie des Cent-Associés et les habitants de la colonie est ratifiée par le roi : « Arrêt par lequel Sa Majesté approuve la délibération de la Compagnie de la Nouvelle-France et le traité fait en conséquence entre la dite Compagnie et le député des habitants de la Nouvelle-France, du 6 mars, 1645 », dans *Édits et ordonnances royaux*, préc., note 53, p. 28, et dans *Mémoires des commissaires*, préc., note 66, vol. 2, p. 497. En 1656, le roi condamne les habitants à payer à la Compagnie les arrérages de la rente qui lui est due en raison de cette cession : « Extrait des registres du Conseil d'état, 15 mars 1656 », dans *Nouvelle-France – Documents historiques, correspondance échangée entre les autorités françaises et les gouverneurs et intendants*, vol. 1, Québec, Imprimerie de L.-J. Demers & Frère, 1893, p. 102.

101. « Règlement pour établir un bon ordre et police en Canada, 27 mars 1647 », dans Gustave LANCTÔT, *Rapport du département des archives publiques pour l'année 1947*, Ottawa, Edmond Cloutier, 1948, p. xxv ; J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, préc., note 28, p. 13 ; Lucien CAMPEAU, *Monumenta Novae Franciae*, t. 7, Montréal, Éditions Bellarmin, 1994, p. 10.

102. « Arrêt du Conseil d'état, 5 mars 1648 », dans Alfred CAMBRAY, *Robert Giffard – Premier seigneur de Beauport et les origines de la Nouvelle-France*, Cap-de-la-Madeleine, 1932, p. 152.

103. « Arrêt du Conseil d'état portant règlement sur le commerce et traite du Canada, 7 mars 1657 », dans Gustave LANCTÔT, *Rapport sur les archives publiques pour l'année 1943*, Ottawa, Edmond Cloutier, 1944, p. xxv ; *Nouvelle-France – Documents historiques, correspondance échangée entre les autorités françaises et les gouverneurs et intendants*, préc., note 100, p. 105 ; J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, préc., note 28, p. 15.

claire du progrès de la France dans l'établissement de sa souveraineté en Amérique du Nord.

Ayant repris la propriété de la Nouvelle-France en 1663, le roi de France déclare dans l'édit de création du Conseil souverain¹⁰⁴ qu'il veut y établir la justice «comme étant le principe et un préalable absolument nécessaire pour bien administrer les affaires et assurer le gouvernement, dont la solidité dépend autant de la manutention des loix et de nos ordonnances, que de la force de nos armes». En matière judiciaire¹⁰⁵, le Conseil souverain est ainsi investi de la compétence d'entendre toutes les causes, civiles et criminelles, pour en juger en dernier ressort selon les lois et ordonnances du royaume de France. Partout dans le pays, il peut aussi nommer des juges de première instance. En matière administrative, il est chargé de la dépense des deniers publics, de la traite des pelleteries et du commerce des habitants du pays. Il reçoit aussi le pouvoir de régler toutes les affaires de «police», une attribution large lui permettant d'établir des normes et de prendre des décisions à propos des différentes facettes de l'organisation et du fonctionnement de la société¹⁰⁶. Comme pour le conseil précédent, le gouverneur de la colonie en fait partie, mais il est dorénavant choisi et nommé par le roi plutôt que par le concessionnaire du pays. La population urbaine n'y délègue plus aucun représentant.

L'intendant de justice, police et finance est le personnage public le plus important du gouvernement après le gouverneur. Une commission d'intendant est accordée à Talon en 1665 pour l'ensemble du territoire

104. «Édit de création du conseil supérieur de Québec, avril, 1663», dans *Édits et ordonnances royaux*, préc., note 53, p. 37; J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, préc., note 28, p. 17. À compter de 1702, sans modification officielle en ce sens, il prendra le nom de Conseil supérieur de Québec. L'établissement du Conseil souverain est confirmée après la révocation de la concession de la Compagnie des Indes occidentales: «Déclaration du Roi qui confirme et règle l'Établissement du Conseil Souverain de Canada. 5 juin 1675», dans *Édits et ordonnances royaux*, préc., note 53, p. 83. Un conseil supérieur sera aussi établi à Louisbourg, au Cap-Breton après la perte par la France, par le traité d'Utrecht de 1713, de la plus grande partie de ses possessions sur la côte atlantique: Rénald LESSARD, *Copie d'archives d'origine française*, Québec, Archives nationales du Québec, 1990, p. 157-176; Joseph-Edmond ROY, *Rapport sur les archives de France relatives à l'histoire du Canada*, coll. «Publication des Archives du Canada» n° 6, Ottawa, C.H. Parmelee, 1911, p. 512 et 711.

105. Au sujet de l'évolution des institutions judiciaires de la Nouvelle-France, voir Luc HUPPÉ, *Histoire des institutions judiciaires du Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007, p. 20-105.

106. À propos de cette notion, voir John A. DICKINSON, «Réflexions sur la police en Nouvelle-France», (1986-1987) 32 *R.D. McGill* 496.

sous juridiction française en Amérique du Nord¹⁰⁷. Les pouvoirs rattachés à cette fonction sont peu à peu précisés, au fil des nominations subséquentes¹⁰⁸. Muni d'une compétence judiciaire, qu'il exerce personnellement en matière civile, l'intendant supervise de façon générale l'administration de la justice. Il assume aussi la gestion financière de la colonie. Ses attributions lui permettent d'adopter des ordonnances et des règlements relativement à tous les aspects du fonctionnement de la société. C'est à l'initiative de l'intendant, par exemple, que se produira en 1671 une prise de possession solennelle par la France de la région des Grands Lacs et de l'Ouest canadien¹⁰⁹.

La transformation de l'encadrement juridique de la colonie fait aussi évoluer le rôle du représentant personnel du roi de France au Canada. Accordées simultanément à la création du Conseil souverain, les lettres patentes de 1663 nommant Mézy gouverneur et lieutenant général du roi en Nouvelle-France¹¹⁰ lui confèrent des pouvoirs analogues à ceux de ses prédécesseurs, notamment pour assurer l'application du nouvel encadrement juridique de la colonie. Cependant, le gouverneur perd à cette occasion la compétence qu'il possédait jusqu'alors de juger les litiges survenant dans la colonie. Cette mesure découle de toute évidence de l'attribution d'une compétence judiciaire complète au Conseil souverain de Québec.

À partir de 1665, la Nouvelle-France, l'Acadie et Terre-Neuve relèvent du même gouverneur et lieutenant général. Une nouvelle manière

107. «Commission d'Intendant de la Justice, Police et Finances en Canada, Acadie, Terre-neuve, et autres Pays de la France Septentrionale, pour M. Talon, du 23 mars 1665», dans *Complément des ordonnances et jugements des gouverneurs et intendants du Canada*, préc., note 28, p. 33; J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, préc., note 28, p. 21.

108. La commission de l'intendant de la Nouvelle-France prend sa forme quasi définitive au moment de la nomination de Duchesneau : «Commission d'Intendant de la Justice, Police et Finance en Canada, Acadie, Isle de Terre-neuve, et autres pays de la France Septentrionale, pour M. Jacques Duchesneau, du 5 juin 1675», dans *Complément des ordonnances et jugements des gouverneurs et intendants du Canada*, préc., note 28, p. 42.

109. «Procès-verbal de la prise de possession des pays situés vers les lacs Huron et Supérieur. 14 juin 1671», dans P. MARGRY, préc., note 62, p. 96. Pour d'autres exemples de prise de possession officielle à la même époque, voir notamment : «Acte de prise de possession des Terres du Lac Érié (octobre 1669)», dans P. MARGRY, préc., note 62, p. 166; «Prise de possession de Niagara par le Marquis de Denonville. 31 juillet 1687», dans P. MARGRY, préc., note 62, vol. 5, p. 28; voir aussi C.J. JAENEN, préc., note 63, p. 65 et suiv.

110. «Lettres patentes du Roi qui établissent le Sieur de Mézy gouverneur pour trois ans, dans l'étendue du fleuve Saint-Laurent en la Nouvelle-France, à la place du Sieur Dubois d'Avaugour, rappelé par Sa Majesté, du premier mai 1663», dans *Complément des ordonnances et jugements des gouverneurs et intendants du Canada*, préc., note 28, p. 21.

de décrire ses pouvoirs est instaurée par la commission de Courcelles¹¹¹. Si le gouverneur peut commander à tous les sujets de Sa Majesté, le roi lui donne aussi ce pouvoir à l'égard des autres gouverneurs pouvant être nommés au pays. Responsable de défendre le territoire de la colonie et d'y maintenir la paix, il peut faire prendre les armes aux habitants et établir des garnisons. L'autorité du représentant personnel du roi dans la colonie, en marge de celle des institutions qui y sont désormais bien implantées, demeurera ensuite en substance la même.

À compter de la révocation de la concession de la Compagnie des Indes occidentales, et jusqu'à la fin du Régime français au Canada, les institutions de la Nouvelle-France sont entièrement composées de titulaires nommés par la métropole. Par l'entremise des institutions gouvernementales qu'elle y établit et dont elle nomme les membres, la présence directe de la France au Canada atteint alors son apogée sur le plan juridique. Il est possible de considérer que sa souveraineté est dorénavant bien établie dans les territoires où ces institutions exercent effectivement leurs pouvoirs.

La formation des institutions dans les colonies canadiennes de la Grande-Bretagne suivra un cours plus lent, même après que le traité d'Utrecht de 1713¹¹² lui aura donné la prépondérance sur la côte atlantique. C'est en Nouvelle-Écosse que sont créées les premières institutions coloniales britanniques, selon un modèle qui sera ensuite suivi avec une certaine constance dans le développement initial du territoire canadien. Ce modèle comporte globalement trois phases, qui se présentent généralement dans l'ordre suivant, bien que des intervalles de durée variable puissent les séparer : la nomination d'un gouverneur, assisté d'un conseil dans l'exécution de ses fonctions et qui reçoit des instructions détaillées de la part du roi¹¹³ ; la création d'un tribunal supérieur, présidé par un juge en chef nommé par les autorités britanniques¹¹⁴ ; l'établissement, à l'initiative du gouverneur mais sur instructions du souverain, d'une assemblée législa-

111. « Commission de Gouverneur et Lieutenant-Général en Canada, Acadie et Isle de Terre-neuve, et autres pays de la France Septentrionale, pour M. de Courcelles, du 23 mars 1665 », dans *Complément des ordonnances et jugemens des gouverneurs et intendans du Canada*, préc., note 28, p. 31, et dans *Collection de manuscrits*, préc., note 29, vol. 1, p. 172.

112. Voir *supra*, note 93.

113. Une analyse du contenu de ces instructions se trouve dans Leonard WOODS LABAREE, *Royal Instructions to British Colonial Governors 1670-1776*, New York, D. Appleton-Century Company, 1935.

114. À propos de l'évolution des institutions judiciaires dans les colonies canadiennes de la Grande-Bretagne, voir L. HUPPÉ, préc., note 105, p. 107-198.

tive composée de représentants élus de la population. Toutes ces mesures prennent encore leur source dans la prérogative royale¹¹⁵.

Bien que le gouverneur nommé en Nouvelle-Écosse en 1714 dirige seul le gouvernement de la colonie¹¹⁶, l'exigence d'un conseil est imposée à son successeur. Nommé en 1719 gouverneur en chef de la Nouvelle-Écosse ou Acadie¹¹⁷, Philipps possède le pouvoir d'administrer la justice et de gérer les affaires publiques de la colonie. Il décide notamment des revendications concernant les terres dans la province et tranche les questions de succession. Ses instructions lui interdisent toutefois d'adopter des lois, tant et aussi longtemps qu'une assemblée des habitants n'aura pas été établie par Sa Majesté. Il lui incombe aussi de faire le nécessaire pour maintenir la sécurité de la colonie et protéger les pêcheries. Étant donné que le territoire relevant de sa compétence est principalement peuplé de ressortissants français, il doit les inviter à se soumettre à son autorité et leur faire prêter un serment d'allégeance au souverain britannique.

L'implantation d'institutions coloniales en Nouvelle-Écosse prend une nouvelle orientation en 1749, au moment de la fondation de la ville d'Halifax. Le souverain britannique désigne alors Cornwallis comme capitaine général et gouverneur en chef de la Nouvelle-Écosse ou Acadie¹¹⁸. Avec le consentement du Conseil qui l'assiste dans ses fonctions, le gouverneur peut établir des tribunaux et nommer des juges. Cette délégation de pouvoir en matière judiciaire ne fait toutefois pas échec aux prérogatives de Sa Majesté qui, en 1754, nomme pour la première fois au Canada un

115. L'encadrement des institutions coloniales par le Parlement britannique commence en 1774, avec l'adoption de l'*Acte de Québec de 1774*, 14 Geo. III, (R.-U.) c. 83; reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 2.

116. T.C. HALIBURTON, préc., note 94, vol. 1, p. 93.

117. Deux commissions accordées à Philipps sont résumées dans Archibald MACMECHAN, *A Calendar of Two Letter-Books and One Commission-Book in the Possession of the Government of Nova Scotia, 1713-1741*, Halifax, 1900, p. 170 et p. 172. Des extraits des instructions qui lui sont données par le souverain en date du 19 juin 1719 sont reproduits dans Frederick MADDEN et David FIELDHOUSE, *Select Documents on the Constitutional History of the British Empire and Commonwealth*, vol. 2, Westport, Greenwood Press, 1985, p. 164. D'autres instructions, portant la date du 1^{er} juillet 1729, sont reproduites dans *Documents parlementaires (Canada)*, 1883, vol. 16, n° 70, p. 25. À propos de l'autorité conférée à Philipps, voir T.C. HALIBURTON, préc., note 94, p. 93-97.

118. «His Majesty's Commission to His Excellency Governor Cornwallis, 6 May 1749», dans Thomas B. AKINS, *Selections from the Public Documents of the Province of Nova Scotia*, Halifax, C. Annand, 1869, p. 497; J.G. BOURINOT, préc., note 35, p. 122. Cette commission est complétée par des instructions portant la date du 29 avril 1749, dont des extraits sont reproduits dans Édouard RICHARD, *Acadie – Reconstitution d'un chapitre perdu de l'histoire d'Amérique*, vol. 2, Québec, J.A.K. Laflamme, 1918, p. 429.

juge en chef pour présider une cour supérieure¹¹⁹. Innovation importante, la commission de Cornwallis lui permet aussi, avec le consentement du Conseil, de convoquer une assemblée générale des habitants, selon les usages des autres colonies de Sa Majesté en Amérique. La première assemblée législative du Canada sera ainsi établie en Nouvelle-Écosse en 1758 aux termes de cette commission¹²⁰.

La présence d'une assemblée élue par la population modifie de façon significative le cadre juridique de la colonie. En effet, jusqu'à la création de cette assemblée, toutes les personnes en autorité tiraient leurs pouvoirs du souverain britannique ou de ses délégués : émissaires pour l'exploration du continent, concessionnaires de territoires, gouverneurs et commandants, membres du Conseil, officiers affectés à l'administration de la justice, etc. À l'opposé, l'assemblée législative est composée de représentants élus par la population locale. L'encadrement juridique de la colonie doit donc désormais tenir compte de cette légitimité populaire au sein des institutions gouvernementales. Doit aussi être pris en considération le fait que la légitimité des institutions coloniales ne provient plus seulement de la métropole, mais trouve une partie de son fondement dans la colonie.

La commission du gouverneur contient donc certaines règles fondamentales, destinées à maintenir un équilibre entre les divers intérêts représentés dans ces institutions. Ainsi, le gouverneur doit obtenir le consentement de l'Assemblée, en plus de celui du Conseil, afin d'adopter des lois pour le bien public et le bon gouvernement de la colonie et de ceux qui l'habitent¹²¹ ; à l'époque de l'exploration du continent et des concessions territoriales, aucune contrainte tenant au consentement populaire n'entravait les concessionnaires ou les émissaires du roi à l'égard de leur pouvoir d'adopter des

119. «Commission to Belcher, 1st July 1754», reproduite dans Charles James TOWNSEND, «Historical Account of the Courts of Judicature in Nova Scotia», (1899) 19 *Can. L.T.* 25, 92.

120. Deux résolutions du Conseil en établissent la composition, déterminent la répartition des sièges et fixent les conditions d'éligibilité : «Résolution du Conseil, 3 janvier 1757», dans T.B. AKINS, préc., note 118, p. 718, et «Résolution du Conseil, 20 mai 1758», dans T.B. AKINS, préc., note 118, p. 726 ; la seconde de ces résolutions est aussi reproduite dans J.G. BOURINOT, préc., note 35, p. 139.

121. Comme par le passé, les lois adoptées dans la colonie doivent demeurer conformes, autant que possible, à celles de la Grande-Bretagne. À ce sujet, la commission de Cornwallis emploie les termes suivants : «which said Laws, Statutes and Ordinances are not to be repugnant but as near as may be agreeable to the Laws and Statutes of this our Kingdom of Great Britain». Le libellé de cette clause trouverait son origine dans la charte accordée en 1632 pour le Maryland : Thomas GARDEN BARNES, «“As Near as May Be Agreeable to the Laws of this Kingdom” : Legal Birthright and Legal Baggage at Chebucto, 1749», (1984) 8-3 *Dalhousie L.J.* 1, 6-7.

lois. Par ailleurs, l'autorité du représentant du roi en matière législative est préservée par l'attribution au gouverneur d'un droit de veto à l'égard des lois adoptées par le Conseil ou par l'Assemblée, dont l'objectif est d'éviter à Sa Majesté de subir un préjudice. Enfin, les autorités britanniques se réservent un ultime pouvoir de supervision à l'égard des lois adoptées dans la colonie, en exigeant qu'elles leur soient transmises dans un délai de trois mois suivant leur adoption afin de pouvoir les approuver ou les désavouer ; en ce dernier cas, elles sont privées de tout effet juridique.

Un encadrement juridique similaire est établi dans la toute nouvelle Province de Québec. Peu après le traité de Paris de 1763¹²², qui fait passer la Nouvelle-France sous domination britannique, Murray y est nommé capitaine général et gouverneur en chef¹²³. Bien que la commission du gouverneur prévoit qu'une assemblée législative doit être établie aussitôt que les conditions de la province le permettront, aucune assemblée ne sera convoquée, de sorte que le gouverneur exerce avec le seul Conseil le pouvoir d'adopter des lois.

À Terre-Neuve, les hésitations de la métropole quant au développement de l'île retardent la mise en place d'institutions gouvernementales. Un gouverneur et commandant en chef y est cependant nommé à compter de 1729¹²⁴. Les lettres patentes accordées à Osborne¹²⁵ réunissent sous la même autorité l'ensemble de l'île, dont une portion qui relevait jusqu'alors du gouverneur de la Nouvelle-Écosse. Plus sommaires que celles de son homologue, elles sont justifiées par la volonté de mettre fin aux exactions de toutes sortes qui se produisent dans l'île en l'absence d'une personne en autorité. Elles orientent principalement les fonctions du gouverneur

122. Voir *supra*, note 97.

123. « Commission de capitaine général et gouverneur en chef de la Province de Québec, 21 novembre 1763 », dans A. SHORTT et A.G. DOUGHTY, préc., note 97, p. 146. Cette commission est accompagnée d'instructions : « Instructions au gouverneur Murray, 7 décembre 1763 », dans A. SHORTT et A.G. DOUGHTY, préc., note 97, p. 155 ; A. TREMBLAY, préc., note 97, p. 41 ; J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, préc., note 28, p. 63.

124. Il y avait eu auparavant d'autres représentants de la Grande-Bretagne à Terre-Neuve, mais leur fonction consistait surtout à veiller aux intérêts de la métropole, telle la perception des droits sur les marchandises ; voir, par exemple, « Council of State's Instructions for John Treworgie, 3 June 1653 », dans F. MADDEN et D. FIELDHOUSE, préc., note 117, vol. 1, p. 331.

125. Portant la date du 31 mai 1729, et elles aussi accompagnées d'instructions, ces lettres patentes sont résumées dans John REEVES, *History of the Government of the Island of Newfoundland*, Londres, J. Sewell, 1793 [réimpr. : Johnson Reprint, 1967, p. 71-73] ; pour un autre exemple de commission du gouverneur de Terre-Neuve, en particulier celle qui a été donnée à Drake en 1750, voir : Jerry BANNISTER, *The Rule of the Admirals – Law, Customs, and Naval Government in Newfoundland, 1699-1832*, Toronto, University of Toronto Press, 2003, p. 135.

vers la protection des pêcheries, l'administration de la justice et l'application de la législation adoptée par le Parlement britannique, dont cette loi de 1699 qui accorde à des *fishing admirals* locaux la compétence de juger à Terre-Neuve certains litiges liés aux activités de la pêche¹²⁶. Aux termes de ces lettres patentes, aucun conseil n'assiste le gouverneur dans l'exécution de ses fonctions. Ce n'est qu'au siècle suivant que des institutions représentatives et un tribunal supérieur permanent seront établis à Terre-Neuve, tout comme dans les territoires relevant de la Compagnie de la Baie d'Hudson.

La création d'institutions coloniales au Canada constitue un tournant dans l'évolution du processus d'acquisition de la souveraineté. La France et la Grande-Bretagne ne commencent à utiliser ce mécanisme dans un territoire qu'après que des traités y ont confirmé ou établi leurs droits. Ainsi, la mise en place des institutions de la Nouvelle-France, à compter de 1647, suit la conclusion du traité de Saint-Germain-en-Laye de 1632, par lequel la France avait, entre autres, fait reconnaître à l'Angleterre ses droits dans la vallée du Saint-Laurent. Ces institutions fonctionneront pendant plus d'un siècle, jusqu'à ce que le traité de Paris de 1763 permette à la Grande-Bretagne d'implanter ses propres institutions dans le territoire de la Nouvelle-France. De même, la création des institutions britanniques sur la côte atlantique est consécutive au traité d'Utrecht de 1713. Avant cette époque, les prétentions de la Grande-Bretagne dans la région prenaient encore la forme de concessions territoriales ou d'interventions directes de la métropole.

Ce mécanisme de délégation de pouvoirs procure à la présence européenne en Amérique une permanence que n'annonçaient pas nécessairement les mécanismes auparavant utilisés. Fondé sur la volonté de l'État de gouverner lui-même ses possessions canadiennes, il offre une garantie de stabilité à long terme meilleure que celle que peuvent procurer les intérêts privés des concessionnaires du territoire. Dans les colonies britanniques, il permet en outre la participation de la population locale au fonctionnement du gouvernement. Malgré les changements d'ampleurs diverses que connaîtront par la suite les institutions coloniales établies par la Grande-Bretagne, elles constituent néanmoins la base du regroupement politique qui donne naissance à la fédération canadienne. Au Canada, il n'existe pas de rupture dans la chaîne de la souveraineté : c'est aux institutions qu'elle a elle-même créées, et non à des institutions établies de façon indépendante par les Canadiens, que la Grande-Bretagne remettra ultérieurement

126. *An Act to Encourage the Trade to Newfoundland*, 1699, 10 & 11 Will. III, c. 25 (R.-U.), art. 15.

la souveraineté qu'elle a acquise au pays par ses propres moyens ou par cession du roi de France.

5 L'extension du système juridique

L'acquisition de la souveraineté européenne au Canada ne se concrétise pas uniquement par la délégation de pouvoirs, sous une forme ou une autre, à des personnes se trouvant en Amérique du Nord ou à des institutions coloniales. Elle résulte aussi de l'exercice, à l'égard de ces contrées nouvelles, des pouvoirs dont les institutions de la métropole sont déjà investies en territoire européen. La découverte, l'exploration puis la colonisation de l'Amérique du Nord entraînent ainsi une extension extraterritoriale de la compétence des institutions métropolitaines et du système juridique dans lequel elles fonctionnent. À compter du *xvi*^e siècle, tant en France qu'en Angleterre, des décisions législatives, administratives et judiciaires prises en Europe traitent du territoire canadien, des personnes qui s'y trouvent et des activités qui s'y déroulent.

Ce n'est donc pas un ordre juridique nouveau, indépendant de celui de la France ou de l'Angleterre, qui est implanté au Canada par la colonisation de son territoire. Les puissances européennes présentes au pays procèdent plutôt par un accroissement de leur ordre juridique, qui englobe dorénavant les nouveaux territoires contrôlés par leurs ressortissants. Cette extension des systèmes juridiques européens en Amérique du Nord représente un élément essentiel de l'acquisition de la souveraineté¹²⁷. Il existe trois composantes principales à ce processus : premièrement, l'intégration, dans le droit interne de chacun de ces deux pays, de la situation créée par l'existence de possessions ou de colonies en Amérique du Nord ; deuxièmement, la prise de décisions législatives, administratives ou judiciaires destinées à y trouver directement application ; troisièmement, l'implantation du droit métropolitain dans les colonies.

Ainsi, la métropole doit d'abord intégrer en droit interne cette situation juridique nouvelle qui résulte de l'exploration ou de la possession de parties du territoire canadien par des ressortissants nationaux. Bien que les mesures adoptées à cette fin n'aient pas de portée extraterritoriale, puisque leur application est limitée au droit interne de la métropole, elles n'en représentent pas moins une évolution du droit rendue nécessaire par l'expansion du pays en dehors de ses limites existantes. Il existe des exemples de telles

127. Selon James J. SHEEHAN, « The Problem of Sovereignty in European History », *The American Historical Review*, vol. 111, n° 1, février 2006, p. 8, elle en constitue même la concrétisation : « The expansion of the legal system was not just an instrument of an expanding sovereign authority, it was the process itself. »

mesures dès l'époque des missions d'exploration par lesquelles la France et l'Angleterre découvrent le continent américain et se familiarisent avec les ressources qu'il peut leur procurer. Elles concernent notamment les liaisons entre les deux continents, par exemple en encadrant le droit de sortir du pays pour se rendre au Nouveau-Monde¹²⁸ ou d'y transporter des biens¹²⁹. Par une mesure d'application générale, le Parlement anglais interdit ainsi en 1548 à tous les officiers de l'amirauté de prélever des sommes d'argent ou d'autres avantages auprès des marchands ou des pêcheurs en raison de leurs voyages à Terre-Neuve¹³⁰. De même, certaines ordonnances françaises ont pour objet de fournir à Cartier¹³¹, à Roberval¹³² et à La Roche¹³³ le personnel nécessaire pour leurs expéditions au Canada.

Ces mesures d'adaptation du droit interne fixent aussi le traitement fiscal des biens et produits ramenés du Canada ou qui y sont exportés. Dès 1541, le Parlement anglais exempte ainsi le poisson pêché à Terre-Neuve du droit que doivent payer ceux qui achètent du poisson à l'étranger ou

128. Ainsi, le roi de France soustrait expressément Verrazano de son interdiction de laisser sortir des navires de guerre du royaume : « Lettre missive de François 1^{er} au vice-amiral Guyon Le Roy du Chillou, au Havre, 16 mars 1523 », dans Michel MOLLAT DU JOURDIN et Jacques HABERT, *Giovanni et Girolamo Verrazano, navigateurs de François 1^{er} : dossiers de voyages*, Paris, Imprimerie nationale, 1982, p. 88. En mars 1603, il adresse une commission à l'amiral de France pour permettre à un capitaine nommé par les habitants de Saint-Malo d'armer un vaisseau pour se rendre au Canada : « Commission pour le traficq du Canada, 13 mars 1603 », dans H. MICHELANT et A. RAMÉ, préc., note 31, p. 24.

129. En 1620, le concessionnaire de Terre-Neuve est autorisé à y transporter du fer, ainsi que les instruments nécessaires pour y ériger des constructions : « Décision du 11 avril 1620 », dans W.L. GRANT, J. MUNRO et A.W. FITZROY, préc., note 73, p. 34. Dix ans plus tard, une autorisation est accordée aux fins de transporter des biens à Terre-Neuve pour approvisionner diverses personnes qui y sont demeurées sans aucun moyen de subsistance : « Décision du 24 mars 1630 » (*id.*, p. 145) ; dans le même sens, voir aussi une décision du 31 mars 1666 (*id.*, p. 412).

130. *An Act that the Admiral of England, or any of his Officers, shall not Exact any Sums of Money for Licence to Traffick to Iceland, etc.*, 1548, 2 & 3 Ed. VI, c. 6 (R.-U.), art. 2.

131. « Order of the Court of St. Malo that no Vessels were to leave for Newfoundland till Cartier had completed his Crews. 19 march 1533-34 », dans H.P. BIGGAR, préc., note 27, p. 43.

132. « Order of Delivery of Prisoners to Roberval. 7 February 1540-41 » et « Prisoners to be delivered to Roberval. 26 February 1540-41 », dans H.P. BIGGAR, préc., note 27, p. 199 et 212.

133. « Ordonnance de Henri IV enjoignant de délivrer au sieur de la Roche les condamnés au bannissement temporaire, pour servir au Canada à leur frais. 21 décembre 1598 », dans R. LE BLANT et R. BAUDRY, préc., note 38, p. 28.

sur la mer pour le vendre dans le royaume¹³⁴. Au début du siècle suivant, relativement à la concession accordée à de Monts en Acadie, le roi de France fait calculer les droits payables à l'égard des marchandises qui en proviennent comme cela se produit pour les marchandises du cru passant d'une province à l'autre du royaume¹³⁵. À l'époque de la Compagnie des Cent-Associés, il accorde aussi certaines exemptions fiscales à l'égard des marchandises provenant de la Nouvelle-France¹³⁶.

C'est à compter du moment où les tentatives d'implantation des puissances européennes en Amérique du Nord commencent à connaître un certain succès que sont adoptées des mesures d'ordre législatif ayant une véritable portée extraterritoriale à l'égard du Canada. Au premier chef, les dispositions d'ordre général prises par les autorités françaises et britanniques concernent la réglementation des activités liées à la pêche qui se déroulent dans diverses parties du Canada. Dès 1615, le roi de France fait ainsi défense à ceux de ses sujets qui se rendent à Terre-Neuve et en Nouvelle-France de démolir les échafauds qui y sont bâtis à des fins de pêche ou d'encombrer les ports et havres du lest de leurs navires¹³⁷.

-
134. *An Act concerning the Buying of Fish upon the Sea*, 1541, 33 Hen. VIII, c. 2 (R.-U.). Au cours de la période républicaine, une loi autorise toute personne à acheter et à transporter toutes sortes de poissons en provenance de Terre-Neuve sans payer de droits : « An Act for giving Licence for Transporting of Fish in Forein Bottoms. 9 June, 1657 », dans Charles HARDING FIRTH et Robert SANGSTER RAIT, *Acts and Ordinances of the Interegnum, 1642-1660*, vol. 2, Londres, His Majesty's Stationery Office, 1911, p. 1099. Le statut fiscal particulier de Terre-Neuve quant à l'industrie de la pêche est maintenu après la Restauration : *An Act for Regulating the Herring and other Fisheries, and for Repeal of the Act concerning Madder*, 1663, 15 Car. II, c. 16 (R.-U.), art. 1. À l'inverse, en 1647, le Parlement anglais exempte de droits l'exportation de biens vers les colonies américaines, sauf à Terre-Neuve : « An Ordinance for encouragement of Adventurers to the several Plantations of Virginia, Bermudas, Barbados, and other places of America. 23 January 1646/7 », dans C.H. FIRTH et R.S. RAIT, préc., note 134, vol. 1, p. 912.
135. « Déclaration portant exemption de droits pour les marchandises venant d'Amérique, February 8, 1605 », dans *Collection de manuscrits*, préc., note 29, vol. 1, p. 49 ; M. LESCARBOT, préc., note 35, p. 418 ; W.I. MORSE, préc., note 33, p. 17 ; G. BINOT, préc., note 33, p. 260. Ce document établit de manière explicite un lien entre la concession accordée à de Monts et l'affirmation de la souveraineté de la France en Amérique du Nord.
136. « Déclaration pour la formation des colonies aux Indes Occidentales. mai 1628 », dans A.-J.-L. JOURDAN, DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, préc., note 21, t. 16, p. 216, art. 13. En 1669, le roi de France fixe les droits d'entrée en France du poisson pêché au Canada et détermine le traitement fiscal du charbon qui en provient : « Arrest qui permet aux habitans de Canada d'apporter en France des molues provenans de la pesche du dit païs et du charbon de terre. 16 avril 1669 », dans *Collection de manuscrits*, préc., note 29, vol. 1, p. 189.
137. « Lettres et défences pour ceux qui feront voiage en Terre Neuve, 26 juin 1615 », dans H. MICHELANT et A. RAMÉ, préc., note 31, p. 40.

À compter de 1634, le gouvernement britannique adopte aussi une série de mesures pour régir les ressortissants britanniques se trouvant à Terre-Neuve¹³⁸ : elles contiennent de semblables interdictions d'endommager les biens et équipements servant à la pêche et attribuent des privilèges annuels au premier bateau arrivant dans un port¹³⁹. Certaines de ces règles seront intégrées à la législation au cours du siècle¹⁴⁰ et, en 1699, la plus importante loi jusqu'alors adoptée par le Parlement britannique à l'égard de Terre-Neuve les reprendra d'une manière globale¹⁴¹. D'autres mesures servent à garantir la sécurité des pêcheurs¹⁴².

Ces premières expériences d'encadrement des Européens se trouvant au Canada concernent aussi, de façon plus large, d'autres aspects de la vie en société. Les mesures anglaises adoptées en 1634 pour Terre-Neuve, par exemple, y interdisent le vol et l'homicide, voient à la protection des arbres, interdisent l'établissement de tavernes et imposent la tenue de cérémonies religieuses le dimanche. En raison du développement plus rapide des possessions françaises au Canada, c'est cependant à l'égard de la Nouvelle-France que les mesures européennes à portée extraterritoriale sont les plus abondantes. Elles ont notamment pour objet de favoriser le

138. «The Western Charter of 1634», dans K. MATTHEWS, préc., note 66, p. 71. Plusieurs autres règlements adoptés ultérieurement à ce propos sont aussi reproduits dans cet ouvrage. Voir aussi W.L. GRANT, J. MUNRO et A.W. FITZROY, préc., note 73 : «entrée du 24 janvier 1634» (p. 192), «entrées du 10 mars 1671» (p. 558 et 563) et «entrée du 5 mai 1675» (p. 621).

139. Comme leurs concurrents anglais, les Français qui se livrent à la pêche à Terre-Neuve peuvent aussi obtenir des droits prioritaires si leur navire se présente le premier : «Arrêt du conseil qui déclare commun à tous les sujets du roi le règlement fait par les négociants de Bretagne au sujet de la pêche des molues (morues) de Terre-Neuve. 28 avril 1671», dans A.-J.-L. JOURDAN, DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, préc., note 21, t. 18, p. 433 ; voir aussi : «Ordonnance de la marine. août 1681» (*id.*, t. 19, p. 282 et 361-362, Livre V, Titre VI) et «Ordonnance sur la pêche de la morue au banc de Terre-Neuve, 8 mars 1702» (*id.*, t. 20, p. 406).

140. *An Act for Regulating the Herring and other Fisheries, and for Repeal of the Act concerning Madder*, préc., note 134, art. 2.

141. *An Act to Encourage the Trade to Newfoundland*, préc., note 126, art. 15. Pour une analyse de cette loi, voir Patrick O'FLAHERTY, «King William's Act (1699) : Some Thoughts 300 Years Later», *Newfoundland Quarterly*, vol. 93, n° 2, hiver 2000, p. 21.

142. Le Conseil privé de Londres ordonne ainsi en 1664 que deux navires soient envoyés à Terre-Neuve avec la force nécessaire pour y garantir la sécurité de la pêche, en expulser les étrangers et y établir le gouvernement : «Décision du 15 avril 1664», dans W.L. GRANT, J. MUNRO et A.W. FITZROY, préc., note 73, p. 377. Par une commission datée de 1585, le souverain anglais avait aussi envoyé à Terre-Neuve les effectifs nécessaires pour contrer la menace que représentait alors l'Espagne pour la sécurité de ses sujets qui y faisaient commerce : «June 20, 1585. Commission to Bernard Drake», dans D.B. QUINN, préc., note 18, vol. 4, p. 47.

peuplement et le développement de la colonie, une politique cohérente avec l'établissement de la souveraineté de la France au Canada : obligation faite aux habitants de défricher les terres qui leur ont été concédées, sous peine de confiscation¹⁴³, détermination de la monnaie ayant cours dans la colonie¹⁴⁴, mesures d'encouragement au mariage des colons¹⁴⁵, et ainsi de suite. Certaines dispositions concernent la protection de l'ordre public, tel l'édit de 1666 destiné à réprimer le blasphème¹⁴⁶. Dès le premier quart du XVI^e siècle, le roi de France défend aussi à ses sujets de remettre des armes à feu aux Amérindiens¹⁴⁷ et de leur fournir des munitions de guerre¹⁴⁸.

À compter du milieu du XVII^e siècle, après la restauration de la monarchie en Angleterre, une abondante législation¹⁴⁹ traite du développement des possessions britanniques en Amérique du Nord. Elle concerne des sujets variés, principalement de nature économique¹⁵⁰ : l'encadrement

-
143. « Révocation des concessions non défrichées. 21 mars 1663 », dans *Édits et ordonnances royaux*, préc., note 53, p. 33 ; à ce sujet, voir aussi : « Arrêt du Conseil d'État du Roi pour retrancher la moitié des concessions. 4 juin 1672 » (*id.*, p. 70) et « Arrêt pour retrancher les Concessions d'une trop grande étendue et les concéder à de nouveaux habitants, et pour faire un recensement. 4 juin 1675 » (*id.*, p. 81).
144. « Déclaration du roi portant qu'il sera fabriqué une monnaie particulière pour les Iles et Terre ferme de l'Amérique. Du 19 février 1670 », dans Adam SHORTT, *Documents relatifs à la monnaie, au change et aux finances du Canada sous le Régime français*, vol. 1, Ottawa, F.A. Achand, 1925, p. 24, et « Arrest du Conseil d'État touchant le cours des espèces d'argent dans les Isles françaises et Terre ferme de l'Amérique. Du 18 novembre 1672 » (*id.*, p. 36).
145. « Arrêt du Conseil d'État du Roi pour encourager les mariages des garçons et des filles de Canada. 12 avril 1670 », dans *Édits et ordonnances royaux*, préc., note 53, p. 67.
146. « Édit du Roi contre les Jureurs et les Blasphémateurs, du 30 juillet 1666 », dans *Édits et ordonnances royaux*, préc., note 53, p. 62.
147. « Mandement aux officiers des Amirautés de Normandie, Bretagne, Picardie et Guyenne de faire interdire le commerce au-dessus de Québec, sauf aux personnes ayant pouvoir du prince de Condé et à leurs associés. 13 novembre 1612 », dans R. LE BLANT et R. BAUDRY, préc., note 38, p. 239.
148. « Arrêt du Conseil privé, 1^{er} avril 1622 », dans R. LE BLANT et R. BAUDRY, préc., note 38, p. 432.
149. À propos de l'autorité du Parlement britannique de légiférer à l'égard des colonies établies sous l'autorité de la prérogative royale, voir Robert LIVINGSTON SCHUYLER, « Parliament and the Dominions: A Retrospect », (1927-1929) 3 *Cambridge L.J.* 209.
150. *An Act for the Encouraging and Increasing of Shipping and Navigation*, 1660, 12 Car. II, c. 18 (R.-U.), art. 1 et 2 ; *An Act for the Encouragement of Trade*, 1663, 15 Car. II, c. 7 (R.-U.), art. 6 ; *An Act for preventing Frauds, and regulating Abuses in the Plantation Trade*, 1696, 7 & 8 Gul. III, c. 22 (R.-U.), art. 2 et 16 ; *An Act for Ascertainning the Rates of Foreign Coins in Her Majesty's Plantations in America*, 1707, 6 Ann., c. 30 (R.-U.) ; *An Act for Encouragement of the Trade to America*, 1707, 6 Ann., c. 37 (R.-U.), art. 15 et 22 ; *An Act for the more easy Recovery of Debts in His Majesty's Plantations and Colonies in America*, 1731-2, 5 Geo. II, c. 7 (R.-U.) ; *An Act for the more Effectual Securing and Encouraging the Trade of His Majesty's British Subjects to America, and*

de l'exportation de biens vers les colonies et de l'importation de biens en provenance des colonies, la transmission des terres faisant l'objet de chartes ou de lettres patentes, le cours de la monnaie, l'exercice de métiers ou de professions dans les colonies, etc. De nombreuses lois favorisent l'industrie liée à des produits particuliers¹⁵¹. La législation britannique encadre aussi les dirigeants coloniaux, par exemple en obligeant les gouverneurs à prêter divers serments destinés à assurer l'application des lois britanniques¹⁵² et en les rendant redevables de leur conduite devant les tribunaux anglais¹⁵³. En 1740¹⁵⁴, le Parlement britannique décrète que les étrangers ayant vécu sept ans dans une colonie d'Amérique sont réputés être natifs de la Grande-Bretagne s'ils prêtent le serment approprié à cette fin.

Une grande partie de cette législation ne comporte pas de limites territoriales, ce qui a pour conséquence qu'elle reçoit en principe application en

for the Encouragement of Seamen to Enter into His Majesty's Service, 1740, 13 Geo. II, c. 4 (R.-U.), art. 14; *An Act to enable His Majesty to grant Commissions to a certain Number of Foreign Protestants who have served Abroad as Officers or Engineers, to act and rank as Officers, or Engineers, in America only, under certain Restrictions and Qualifications*, 1756, 29 Geo. II, c. 5 (R.-U.). Pour une analyse de cette législation, voir William J. ASHLEY, «The Commercial Legislation of England and the American Colonies, 1660-1760», *Quarterly Journal of Economics*, vol. 14, n° 1, novembre 1899, p. 1-29.

151. À titre d'exemple : *An Act for Encouraging the Making of Indico in the British Plantations in America*, 1748, 21 Geo. II, c. 30 (R.-U.); *An Act for encouraging the Growth and Culture of Raw Silk in his Majesty's Colonies or Plantations in America*, 1750, 23 Geo. II, c. 20 (R.-U.); *An Act to encourage the Importation of Pig and Bar Iron from His Majesty's Colonies in America; and to prevent the Erection of any Mill or other Engine for Slitting or Rolling of Iron; or any Plateing Forge to work with a Tilt Hammer; or any Furnace for making Steel in any of the said Colonies*, 1750, 23 Geo. II, c. 29 (R.-U.); *An Act for encouraging the making of Pot Ashes and Pearl Ashes in the British Plantations in America*, 1751, 24 Geo. II, c. 51 (R.-U.).
152. *An Act for the encouraging and Increasing of Shipping and Navigation*, 1660, 12 Car. II, c. 18 (R.-U.), art. 2; *An Act for Preventing Frauds, and Regulating Abuses in the Plantation Trade*, préc., note 150, art. 4 et 16.
153. *An Act to Punish Governors of Plantations in this Kingdom, from Crimes by them Committed in the Plantations*, 1700, 11 & 12 Gul. III, c. 12 (R.-U.).
154. *An Act for Naturalizing such Foreign Protestants and Others Therein Mentioned, as are Settled, or Shall Settle in any of His Majesty's Colonies in America*, 1740, 13 Geo. II, c. 7 (R.-U.); au même effet, voir : *An Act to Extend the Provisions of an Act Made in the Thirteenth Year of His Present Majesty's Reign, Intituled, "An Act for Naturalizing such Foreign Protestants, and Others Therein Mentioned, as are Settled, or Shall Settle in any of his Majesty's Colonies in America," to Other Foreign Protestants who Conscientiously Scruple the Taking of an Oath*, 1747 20 Geo. II, c. 44 (R.-U.); *An Act for Naturalizing such Foreign Protestants as have Served, or Shall Serve for the Time Therein Mentioned, as Officers or Soldiers in His Majesty's Royal American Regiment, or as Engineers in America*, 1761, 13 Geo. III, c. 25 (R.-U.).

territoire canadien, encore relativement peu occupé par la Grande-Bretagne. Seule une infime partie des lois britanniques adoptées à cette époque mentionnent précisément l'une ou l'autre des possessions du Canada. Souvent, elles formulent certaines exceptions aux règles générales établies ailleurs. Par exemple, la législation britannique limite les contraintes pesant sur l'importation de sel à Terre-Neuve¹⁵⁵, en Nouvelle-Écosse¹⁵⁶ ou dans la Province de Québec¹⁵⁷ en provenance de pays européens. Ou encore elle protège les droits concédés à la Compagnie de la Baie d'Hudson¹⁵⁸. La conclusion des traités internationaux qui mettent fin à la présence française au Canada représente aussi pour le Parlement britannique un moment opportun pour légiférer à propos des territoires nouvellement acquis. Peu après le traité d'Utrecht de 1713, le Parlement établit ainsi des mesures de protection des arbres en Nouvelle-Écosse¹⁵⁹. À la suite de la signature du traité de Paris de 1763, la Grande-Bretagne impose certains droits sur les produits importés en Amérique afin de générer les revenus nécessaires pour assurer la sécurité de ses colonies¹⁶⁰. Elle autorise aussi la pêche à la baleine dans le golfe du Saint-Laurent et le fleuve Saint-Laurent¹⁶¹ et règlemente les pêcheries dans la baie des Chaleurs¹⁶².

155. *An Act for the Encouragement of Trade*, préc., note 150, art. 7.

156. *An Act for Importing Salt from Europe, into the Colony of Nova Scotia in America*, 1761, 2 Geo. III, c. 24 (R.-U.).

157. *An Act for Importing Salt from Europe into the Province of Quebec in America, for a Limited Time*, 1763, 4 Geo. III, c. 19 (R.-U.).

158. *An Act for Encouragement of the Trade to America*, préc., note 150, art. 33. En 1690, le Parlement britannique avait donné par ailleurs, pour une durée de sept ans, une assise législative à la charte accordée en 1670 à la Compagnie de la Baie d'Hudson : *An Act for confirming to the Governor and Company trading to the Hudson's Bay their Privileges and Trade*, 1690, 2 W. & M., c. 23 (R.-U.), dans *Charters, Statutes, Orders in Council, etc. Relating to the Hudson's Bay Company*, préc., note 75, p. 75.

159. *An Act giving further Encouragement for the Importation of Naval Stores ; and for other Purposes therein mentioned*, 1721, 8 Geo. I, c. 12 (R.-U.), art. 5 ; *An Act for the Better Preservation of His Majesty's Woods in America, and for the Encouragement of the Importation of Naval Stores from Thence ; and to Encourage the Importation of Masts, Yards and Bowsprits, from that Part of Great Britain Called Scotland*, 1729, 2 Geo. II, c. 35 (R.-U.), art. 1.

160. *An Act for Granting Certain Duties in the British Colonies and Plantations in America*, 1763, 4 Geo. III, c. 15 (R.-U.), art. 10.

161. *An Act for the Encouragement of the Whale Fishery in the Gulph and River of Saint Lawrence, and on the Coasts of His Majesty's Colonies in America*, 1763, 4 Geo. III, c. 29 (R.-U.).

162. *An Act to Permit the Free Importation of Cod Fish, Ling, and Hake, Caught and Cured in Chaleur-Bay, or any Other Part of the Gulph of Saint Lawrence, or on the Coast of Labrador*, 1773 (R.-U.), 13 Geo. III, c. 72.

Les institutions judiciaires de la France et de la Grande-Bretagne commencent elles aussi, à compter du début du XVII^e siècle, à exercer une juridiction extraterritoriale à l'égard du territoire canadien. Les litiges dont elles sont saisies concernent alors, au premier chef, les droits et les obligations des personnes à qui des pouvoirs ont été délégués par le souverain. À l'origine, cette extension extraterritoriale de leur juridiction découle de toute évidence de deux facteurs : d'une part, l'inexistence d'institutions judiciaires locales aptes à juger des litiges qui y surviennent ; d'autre part, le conflit d'intérêts dans lequel se trouvent ceux des concessionnaires à qui une compétence judiciaire a été attribuée en territoire canadien. Lorsque des tribunaux auront été créés dans une colonie, la juridiction des institutions judiciaires métropolitaines à l'égard du Canada s'exercera plutôt par le mécanisme de l'appel.

Dès 1601, le Conseil privé de France accueille une demande d'indemnisation concernant l'appropriation sans droit, par le représentant du roi en Nouvelle-France, de marchandises qui en proviennent¹⁶³. Deux ans plus tard, les rescapés de la tentative de La Roche d'établir une colonie à l'île de Sable obtiennent du Parlement de Rouen un jugement leur permettant de conserver une partie du bénéfice retiré des pelleteries qu'ils ont recueillies pendant leur séjour au Canada¹⁶⁴. En 1606 et en 1607, le Conseil d'État de France se prononce à l'égard de poursuites intentées par de Monts pour faire respecter son monopole commercial en Acadie¹⁶⁵. Au cours de la décennie suivante, il confirme l'autorité de Champlain dans

163. « Arrêt du Conseil privé condamnant par défaut Pierre Chauvin, sieur de Tonnetuit, à rembourser à Jean Gouverneur, Jean Sarcel et leurs associés, les marchandises prises sur eux, ou leur valeur, 21 novembre 1601 », dans R. LE BLANT et R. BAUDRY, préc., note 38, p. 44. Dans une entente concernant l'exécution de ce jugement, rendu contre Chauvin, ce dernier se décrit comme lieutenant pour le roi au Canada, en l'absence de La Roche : « Accord, 23 février 1602 » (*id.*, p. 50).

164. « Arrêt du Parlement de Rouen [...], 27 novembre 1603 », dans R. LE BLANT et R. BAUDRY, préc., note 38, p. 78. Dans la France d'Ancien Régime, le Parlement était une institution judiciaire et non législative.

165. « Arrêt du Conseil privé, 28 juin 1606 » et « Arrêt du Grand Conseil, 24 septembre 1607 », dans R. LE BLANT et R. BAUDRY, préc., note 38, p. 128 et 139. Le roi de France avait préalablement établi que toute procédure liée à cette concession relèverait en première instance des officiers établis à la table de marbre du palais à Rouen et, en appel, au Conseil de Sa Majesté, en interdisant à tout autre tribunal de s'en saisir : « Articles proposés au Roy par le sieur de Mons pour la découverte et habitation des costes et terres de l'Acadie, avec les décisions de Sa Majesté, 6 novembre 1603 », dans *Collection de manuscrits*, préc., note 29, vol. 1, p. 40. Le Conseil d'État se penchera en 1613 sur un autre litige concernant ce monopole : « Arrêt du Conseil d'État condamnant Richard Boulain, Jean Pépin, Alain Maçon et Julien Gravé, marchands de Saint-Malo, à payer à Pierre du Gua les 6000 livres d'indemnité prévues par les arrêts précédents, 12 octobre 1613 », dans R. LE BLANT et R. BAUDRY, préc., note 38, p. 303.

l'habitation de Québec à l'encontre de la société commerciale qui en avait la possession¹⁶⁶.

L'extension de la juridiction des institutions judiciaires anglaises à l'égard du Canada date de la même époque. La Star Chamber rend en 1618 un jugement destiné à faire respecter la liberté de pêche à Terre-Neuve à l'encontre des concessionnaires de l'île¹⁶⁷. Au cours des années 1629 et 1630, alors que la France est momentanément privée de ses possessions canadiennes après la première capitulation de la ville de Québec, le Conseil privé de Londres est saisi des différents aspects d'un litige concernant les biens de certains sujets français ramenés du Canada sur un bateau anglais¹⁶⁸. À la même époque, le Conseil privé prononce une condamnation pour indemniser les titulaires de la concession accordée dans la vallée du Saint-Laurent, à l'encontre d'une personne ayant contrevenu à leur monopole commercial¹⁶⁹.

Un comité spécialisé du Conseil privé est formé au cours du xvii^e siècle pour entendre les appels concernant les jugements rendus dans les colonies¹⁷⁰. En Nouvelle-Écosse¹⁷¹ et dans la Province de Québec¹⁷², les instructions données aux gouverneurs accordent d'ailleurs un droit d'appel auprès de ce comité à l'encontre de la plus haute instance judiciaire de la colonie. À compter de la seconde moitié du xviii^e siècle, le Conseil privé commence ainsi à entendre des appels en provenance des tribunaux de

166. « Arrêt du Conseil d'État, 18 juillet 1619 », dans R. LE BLANT et R. BAUDRY, préc., note 38, p. 394. Le roi de France avait préalablement déclaré que les litiges liés aux lettres patentes accordées au prince de Condé et au commerce fait au Canada tomberaient sous la juridiction du Parlement de Rouen : « Lettres de jussion ordonnant au Parlement de Rouen d'enregistrer les lettres-patentes accordées au prince de Condé et de juger en appel les procès concernant le commerce du Canada. 26 février 1613 » (*id.*, p. 265).

167. « Décision du 13 décembre 1618 », dans W.L. GRANT, J. MUNRO et A.W. FITZROY, préc., note 73, p. 22.

168. *Id.*, p. 136-152 : de nombreuses décisions sont rendues par le Conseil privé de Londres à ce sujet à compter du 28 octobre 1629.

169. *Id.*, p. 178 : « Décision du 25 juillet 1632 ».

170. À ce sujet, voir L. HUPPÉ, préc., note 105, p. 164-168.

171. « Instructions to Hopson, May 7th, 1752 », dans C.J. TOWNSEND, préc., note 119, 65.

172. « Instructions au gouverneur Murray, 7 décembre 1763 », dans A. SHORTT et A.G. DOUGHTY, préc., note 97, p. 155, art. 17.

Terre-Neuve¹⁷³, de la Nouvelle-Écosse¹⁷⁴ et de la Province de Québec¹⁷⁵. La métropole britannique conserve ainsi la possibilité d'imposer les solutions juridiques qui lui conviennent aux litiges prenant naissance au Canada.

D'autres moyens servent aussi à implanter le droit métropolitain au Canada¹⁷⁶. Ainsi, les commissions, lettres patentes, concessions territoriales, instructions et autres documents émanant du souverain imposent généralement à leurs destinataires l'obligation de s'inspirer du droit de la métropole, de s'y conformer, de le faire appliquer ou encore de soumettre à l'approbation métropolitaine les lois et ordonnances coloniales. De plus, la common law contient un principe général d'extension du droit anglais dans les colonies ou possessions britanniques¹⁷⁷ : lorsque des ressortissants de la Grande-Bretagne s'établissent dans un territoire inhabité, le droit anglais y est implanté de façon incidente à leur présence ; dans les autres territoires, par exemple ceux qui ont été acquis au moyen d'une cession ou par voie de conquête, le droit qui y recevait auparavant application demeure en vigueur jusqu'à ce qu'il soit remplacé, mais le droit anglais devient immédiatement applicable dans certains domaines comme le droit constitutionnel¹⁷⁸. Ce principe constitue l'un des fondements de l'émergence d'un système de common law au Canada.

Ce sont avant tout les instruments juridiques de la métropole, et non ceux de la colonie, qui déterminent la façon dont les systèmes de droit

173. À titre d'exemples, voir une décision du 21 décembre 1763 et une décision du 27 avril 1770 dans W.L. GRANT, J. MUNRO et A.W. FITZROY, préc., note 73, vol. 4 : « 1745-1766 », p. 502 et 694.

174. *Id.*, p. 447 et 540 : à titre d'exemples, voir une décision du 28 janvier 1761 et une décision du 16 mars 1763.

175. *Id.*, vol. 5 : « 1766-1783 », p. 110 et 143 : à titre d'exemples, voir une décision du 24 juillet 1771 et une décision du 31 juillet 1777.

176. De façon générale, voir à ce sujet : Elizabeth GASPARD BROWN, « British Statutes in the Emergent Nations of North America : 1606-1949 », *The American Journal of Legal History*, vol. 7, n° 2, avril 1963, p. 102 et suiv. ; Elizabeth MANCKE, « Colonial and Imperial Contexts », dans Philip GIRARD, Jim PHILLIPS et Barry CAHILL, *The Supreme Court of Nova Scotia 1754-2004 : from Imperial Bastion to Provincial Oracle*, Toronto, University of Toronto Press, 2004, p. 30, aux pages 33-37.

177. J.E. CÔTÉ, « The Reception of English Law », (1977) 15 *Alb. L. Rev.* 29, 35-36 ; David Graham BELL, « A Note on the Reception of English Statutes in New Brunswick », (1979) 28 *R.D. U.N.-B.* 195.

178. La proclamation provenant des autorités britanniques après la conquête de la Nouvelle-France prévoit cependant que les lois adoptées dans la Province de Québec devront, autant que possible, être conformes aux lois d'Angleterre : « Proclamation royale, 7 octobre 1763 », dans A. SHORTT et A.G. DOUGHTY, préc., note 97, p. 136, et dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1. Ce n'est qu'en 1774 que le droit d'inspiration française sera partiellement rétabli dans la province : *Acte de Québec de 1774*, préc., note 115, art. 8.

européens y sont implantés. Cependant, les problèmes liés à l'implantation du droit anglais ou français au Canada se présentent aussi dans une perspective canadienne. Ils reçoivent alors un traitement qui dépend de la forme particulière du système juridique visé. Ainsi, lorsqu'elle est traitée par les instances canadiennes, la question de l'implantation du droit anglais au Canada est abordée sous l'angle de la «réception» de ce droit. Entre autres modalités de cette réception, le droit canadien doit en fixer la date et déterminer le corpus de règles de droit britanniques qu'elle comprend. Formulé séparément pour chacune des colonies canadiennes de la Grande-Bretagne, ce problème complexe y reçoit des solutions diverses¹⁷⁹. Par ailleurs, en ce qui concerne la Nouvelle-France, la question consiste plutôt à déterminer s'il est nécessaire d'enregistrer les ordonnances françaises auprès du Conseil souverain de Québec pour leur donner effet dans la colonie et, le cas échéant, préciser les conséquences juridiques d'un défaut d'enregistrement. À cet égard, aussi, différentes thèses s'affrontent¹⁸⁰.

La mise en place d'institutions coloniales possédant le pouvoir de légiférer exige également un aménagement de la coexistence, au sein du même ordre juridique, d'une autorité métropolitaine et d'une autorité coloniale. Puisque la souveraineté est détenue par la métropole, ses règles de droit priment celles qui sont adoptées au sein de la colonie en cas d'incompatibilité. Plusieurs lois britanniques adoptées à cette époque rappellent ce principe de subordination¹⁸¹. De même, lorsqu'il établit le Conseil souverain de Québec, auquel il impose l'obligation de juger selon les lois et ordonnances du royaume, le roi de France se réserve expressément le pouvoir de modifier ces lois et ordonnances, d'y déroger, de les abolir, d'en faire de nouvelles, selon ce qu'il considérera comme le plus utile au bien de ses sujets du Canada¹⁸². Le souverain français exprime ainsi sa volonté

179. Pour ce qui est de la réception du droit anglais dans les premières colonies canadiennes, voir : J.E. CÔTÉ, préc., note 177 ; Barry CAHILL, «“How Far English Laws are in Force Here” : Nova Scotia’s First Century of Reception Law Jurisprudence», (1993) 42 *R.D. U.N.-B.* 112 ; Donald POIRIER et Anne-Françoise DEBRUCHE, *Introduction générale à la common law*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 133-139 ; Jacques VANDERLINDEN, «La réception des systèmes juridiques européens au Canada – Regards d’un historien du droit sur ses origines», (1996) 1 *R.C.L.F.* 1 et (1996) 64 *Rev. hist. dr.* 359.

180. À ce sujet, voir Henri BRUN, *L’enregistrement des ordonnances royales au Conseil souverain de la Nouvelle-France*, thèse de maîtrise, Université de Paris, 1965.

181. *An Act for Preventing Frauds, and Regulating Abuses in the Plantation Trade*, préc., note 150, art. 9 ; *An Act for the Better Securing the Dependency of his Majesty’s Dominions in America upon the Crown and Parliament of Great Britain*, 1766, 6 Geo. III, c. 12 (R.-U.).

182. «Édit de création du conseil supérieur de Québec, avril, 1663», dans *Édits et ordonnances royaux*, préc., note 53.

de conserver la maîtrise du droit recevant application en Nouvelle-France, et ce, malgré la présence d'institutions locales autorisées à y élaborer et implanter des règles de droit.

La présence d'institutions coloniales permet cependant au système juridique de la colonie d'évoluer de façon relativement autonome. Une individualité propre peut se développer, bien que le système juridique de la colonie demeure essentiellement subordonné à celui de la métropole. Seule une rupture par la colonie, comme celle qui a été provoquée par la déclaration d'indépendance des États-Unis d'Amérique, ou un abandon de souveraineté par la métropole, comme celui qui a résulté de la cession de la Nouvelle-France à la Grande-Bretagne, peuvent mettre fin à cette extension du système juridique métropolitain dans ses possessions coloniales.

Conclusion

Au moment où la France cesse son entreprise coloniale en territoire canadien, de larges portions du continent échappent encore à la domination européenne. La souveraineté de la Grande-Bretagne est néanmoins devenue une réalité incontestable et constitue dorénavant un fait accompli dans plusieurs régions de l'est et du nord du Canada. Ce noyau initial de souveraineté européenne au pays représente le résultat cumulatif d'un ensemble d'actes, accomplis en parallèle par la France et la Grande-Bretagne pendant plus de deux siècles. Plus particulièrement à compter du début du XVII^e siècle, l'occupation continue du territoire, la capacité croissante d'en assurer le contrôle et d'y faire respecter les volontés européennes, la présence de communautés en expansion et de mieux en mieux organisées ainsi que l'autorité exercée par les délégués des souverains européens et par les institutions métropolitaines et coloniales ont graduellement contribué à former cette souveraineté.

Dans la Nouvelle-France nouvellement conquise, la Grande-Bretagne obtient par le traité de Paris de 1763 le bénéfice d'une organisation juridique plus que centenaire, dont elle mettra toutefois un certain temps à reconnaître la valeur. En Nouvelle-Écosse, la population locale s'exprime depuis peu par la voie d'une assemblée législative. De façon dorénavant irréversible, un ordre juridique à vocation permanente a été implanté concrètement au Canada, ordre auquel les deux nations européennes ont apporté leur contribution. Cette réalisation constitue l'expression la plus éloquente de leur souveraineté.

Pendant, les frontières précises du territoire dans lequel s'exerce cette souveraineté demeurent encore quelque peu indéfinies. Il est significatif que les traités par lesquels la Grande-Bretagne se fait céder les

possessions françaises en Amérique, ou qui y reconnaissent ses droits, ne contiennent aucune description géographique des territoires visés. Cette situation peut s'expliquer par la volonté des parties contractantes de ne poser aucune limite quant à la portée de leurs conventions. Toutefois, elle peut aussi révéler l'impossibilité dans laquelle elles se trouvent de fixer avec précision l'étendue concrète de la souveraineté qu'elles ont respectivement acquise en Amérique du Nord jusqu'en 1763.

Bien que l'extension de la souveraineté britannique au Canada ait pris d'autres formes après cette époque, notamment quant à la conclusion de traités avec des nations autochtones, il est possible de déceler dans l'organisation contemporaine du Canada certaines traces du processus par lequel la souveraineté européenne a été acquise initialement au pays. La filiation est évidente entre plusieurs provinces ou groupes de provinces du Canada actuel et les grands blocs territoriaux séparément concédés par la France et la Grande-Bretagne au cours du xvii^e siècle : Terre-Neuve maintient sa spécificité au cours des siècles, l'Acadie et la Nouvelle-Écosse donnent naissance aux provinces maritimes, la Nouvelle-France constitue l'origine du Québec et de l'Ontario, les territoires et les provinces du Nord et de l'Ouest canadien représentent une extension de la concession accordée en 1670 à la Compagnie de la Baie d'Hudson.

Dans une certaine mesure, l'évolution vers le fédéralisme au Canada peut aussi être considérée comme une conséquence de la méthode utilisée par les puissances européennes pour s'approprier le territoire canadien. En fragmentant leurs établissements coloniaux en unités séparées les unes des autres, en les dotant de structures et d'institutions indépendantes, les métropoles européennes contribuent à la création d'entités qui possèdent leurs caractéristiques propres, notamment quant à leur langue de fonctionnement et quant à leur système de droit. Il n'est donc pas étonnant que le regroupement de ces colonies en un seul pays, plutôt que de concentrer l'ensemble du pouvoir politique dans des institutions centrales, ait tenu compte de ces caractéristiques, de la capacité de chacune de ces entités à se gouverner elle-même et de la diversité de leurs systèmes juridiques.

En outre, parce que des mécanismes juridiques sont utilisés pour affirmer la souveraineté de la France et de la Grande-Bretagne, la présence de ces puissances au Canada est encadrée, dès ses premières manifestations et de façon constante par la suite, par des règles de droit. Les métropoles se montrent soucieuses de définir et de limiter le pouvoir des individus ou des entités à qui elles accordent des droits dans les territoires qu'elles revendiquent pour elles-mêmes. Elles mettent en place des structures ou des institutions ayant l'autorité de légiférer et de faire respecter les règles de droit. Elles s'assurent que leur système de droit y trouve application, à titre

principal ou de façon résiduaire. Dans des circonstances appropriées, leurs institutions nationales y exercent la compétence dont elles sont investies en Europe. La souveraineté que la France et la Grande-Bretagne exercent à distance place au-dessus des institutions et des habitants de leurs colonies canadiennes une autorité comparable à celle d'une constitution.

Ainsi, le Canada naît et se développe dans un régime de droit en conséquence de cet ensemble d'actes que la France et la Grande-Bretagne réalisent à compter de la fin du xv^e siècle pour implanter leur souveraineté dans le continent. La Constitution du Canada prendra solennellement acte de cet accomplissement lors de l'abandon définitif de la souveraineté par le Royaume-Uni en 1982 : en Amérique, un nouveau monde fondé sur la primauté du droit.