

La preuve dans les procès de droits ancestraux

**Conférence prononcée par Me Paul Dionne
(Dionne Schulze, s.e.n.c.)**

**Dans le cadre de la 6^{ème} édition du
Forum autochtone sur la gestion des ressources naturelles et du territoire**

Montréal, le 27 septembre 2010

1- Introduction

Cela fait plus de 25 ans qu'il y a des procès de droits ancestraux au Canada¹. Les premiers concernaient ce que la Cour Suprême du Canada a qualifié de « droits ancestraux activités », comme la chasse et la pêche². D'autres, plus tard, concernaient le titre aborigène³. Ces procès avaient ceci de particulier que, faute d'une définition des vocables « droits ancestraux » et « titre aborigène », on ignorait ce qu'il fallait y prouver exactement⁴. En outre, on ignorait si et dans quelle mesure les règles de preuve dites « traditionnelles » s'appliquaient. Pour les fins de cet exposé, les règles de preuve traditionnelles les plus pertinentes sont les suivantes :

- 1- C'est à celui qui invoque un droit de le prouver (autrement dit, c'est celui qui invoque un droit qui a le « fardeau de la preuve »)⁵;
- 2- La preuve par « ouï-dire »⁶ n'est pas admise, sauf cas de nécessité et à la condition que cette preuve soit fiable⁷.

Ce n'est qu'en 1996 que la Cour suprême nous a appris que pour constituer un droit ancestral, une activité devait être « un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone revendicateur⁸, et que le titre aborigène était « l'aspect des droits ancestraux qui se rapporte spécifiquement

¹ Par « procès de droits ancestraux », nous entendons les procès concernant les droits ancestraux visés à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Des procès concernant le titre aborigène en *common law* ont eu lieu bien avant l'introduction de l'article 35 dans la *Constitution* : voir par exemple *St-Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46.

² Voir notamment les arrêts *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Van Der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507 [*Van Der Peet*]; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013.

³ Voir les arrêts *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 [*Delgamuukw*]; *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220 [*Marshall/Bernard*].

⁴ Dans les affaires *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101 et *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par exemple, les demandeurs croyaient qu'il fallait prouver un titre aborigène pour se faire reconnaître un droit ancestral de pêche. Ce n'est qu'au niveau de la Cour suprême que les droits ancestraux « activités », comme la pêche, se sont vus conférer une existence indépendante et autonome par rapport au titre aborigène.

⁵ John Sopinka, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2nd Edition, Toronto, Butterworths, 1999, à la p 79; Voir aussi *Code civil du Québec*, Art. 2803.

⁶ Le « ouï-dire » est ce qu'une personne rapporte d'une déclaration faite par une autre personne, en vue de prouver l'existence d'un fait : Sopinka, *supra* note 5, à la p 173.

⁷ *Id.* à la p 190.

⁸ *Van Der Peet*, *supra* note 2 au para. 46.

aux revendications territoriales des autochtones »⁹. Par ailleurs, ce n'est qu'en 1997 qu'elle nous a appris que pour prouver un titre aborigène, une Première Nation devait avoir occupé un territoire de façon exclusive avant que la Couronne y affirme sa souveraineté¹⁰, et que la preuve d'occupation en était une d'« occupation suffisante », compte tenu de la taille, du mode de vie, des ressources matérielles et des habiletés technologiques de la Première Nation¹¹.

2- Particularités de la preuve orale

Dans l'arrêt *Kruger*¹², quelques années avant l'entrée en vigueur de la *Loi Constitutionnelle de 1982*, la Cour suprême a donné certaines indications au sujet des particularités de la preuve dans les affaires concernant les droits des peuples autochtones. La Cour suprême a affirmé que « les revendications de titre aborigène reposent sur l'histoire, les légendes, la politique et les obligations morales »¹³. C'est pourquoi, a ajouté la Cour suprême, « on doit examiner ces revendications en fonction des faits particuliers relatifs à la bande et aux terres en question, et non de façon générale »¹⁴.

Quelques années plus tard, notant que l'imposition d'un fardeau de preuve impossible enlèverait toute valeur aux droits ancestraux et issus de traité, la Cour suprême a affirmé qu'une preuve non concluante présentée par les autochtones devait quand même être considérée suffisante dans certaines circonstances, particulièrement en l'absence d'une meilleure preuve¹⁵.

La Cour suprême a ensuite affirmé, dans l'arrêt *Van Der Peet*, que les tribunaux devaient « appliquer les règles de preuve et interpréter la preuve existante en étant conscients de la nature particulière des revendications des autochtones et des difficultés

⁹ *Id.* au para. 33.

¹⁰ *Delgamuukw*, *supra* note 3 au para. 143.

¹¹ *Id.* au para. 150. En ce qui concerne le critère de l'« occupation suffisante », la Cour Suprême a apporté plus tard des précisions importantes notamment quant au degré de preuve requis : voir *Marshall/Bernard*, *supra* note 3 aux para. 41-70.

¹² *Kruger et al. c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S 104.

¹³ *Id.* à la p. 109.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, aux pp. 407-408.

que soulève la preuve d'un droit qui remonte à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit »¹⁶. « Les tribunaux – a ajouté la Cour – doivent se garder d'accorder un poids insuffisant à la preuve des demandeurs autochtones simplement parce que cette preuve ne respecte pas de façon précise les normes qui seraient appliquées dans une affaire de responsabilité civile délictuelle, par exemple »¹⁷. Nous pouvons affirmer que l'obligation d'adapter les règles de preuve constitue l'un des aspects fondamentaux de l'obligation, stipulée dans l'arrêt *Van Der Peet*, de « tenir compte du point de vue des autochtones »¹⁸. Selon nous, toutefois, la Cour suprême n'a pas rendu la tâche facile aux tribunaux en leur recommandant de s'assurer aussi que ce point de vue soit exprimé « d'une manière compatible avec l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada »¹⁹.

Dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour suprême a approfondi sa réflexion sur l'applicabilité des règles de preuve traditionnelles dans les procès de droits ancestraux. La Cour a d'abord rappelé le principe de base qui régit la révision, en appel, des conclusions de fait tirées au procès :

Sauf erreur « manifeste et dominante », les cours d'appel ne devraient pas substituer leurs propres conclusions de fait à celles du juge de première instance²⁰.

La Cour a ajouté que ce principe s'appliquait aussi aux affaires plaidées en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*²¹. Par contre, a-t-elle expliqué, il y a des situations précises où une cour d'appel peut modifier une conclusion de fait tirée en première instance. Ainsi en est-il du cas où le juge du procès s'est mépris sur une preuve importante ou l'a méconnue²². Dans les affaires de droits ancestraux, a ajouté la Cour, l'intervention d'une cour d'appel est également justifiée là où le juge de première instance, en appliquant les règles de preuve ou en interprétant la preuve, n'a pas tenu

¹⁶ *Van Der Peet*, supra note 2 au para. 68.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Id.* au para. 49.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Delgamuukw*, supra note 3 au para. 78.

²¹ *Id.* au para. 80.

²² *Ibid.*

compte des difficultés inhérentes à l'examen des revendications de droits ancestraux²³. La Cour a précisé que « tenir compte des difficultés de preuve inhérentes à l'examen des revendications de droits ancestraux » exigeait en pratique « que les tribunaux acceptent les « récits oraux » des sociétés autochtones lesquels, pour plusieurs nations autochtones, sont les seuls témoignages de leur passé »²⁴. Ces récits, a ajouté la Cour, « jouent un rôle crucial dans les litiges portant sur les droits ancestraux »²⁵. Et la Cour de poursuivre, après avoir cité un extrait du rapport de la Commission royale sur les Peuples Autochtones portant sur la nature des récits oraux :

Devant un tribunal qui adopterait une approche traditionnelle à l'égard des règles de preuve, bien des caractéristiques des récits oraux joueraient contre l'admissibilité de ces récits et la valeur probante qui doit leur être accordée en tant que preuve d'événements passés. La plus fondamentale de ces caractéristiques est le rôle social général qu'ils jouent non seulement pour conserver le savoir historique d'une culture, mais aussi comme expression des valeurs et des mœurs de cette culture²⁶.

Tout en reconnaissant que les caractéristiques des récits oraux sont « tangentielles » à la finalité du processus de découverte des faits²⁷, la Cour suprême a conclu que le droit de la preuve devait être adapté afin que ces récits puissent être placés sur un pied d'égalité avec les différents types de preuve historique familiers aux tribunaux, le plus souvent constituée de documents²⁸.

Appliquant ces principes, la Cour suprême a reproché au juge de première instance d'avoir admis les récits oraux des demandeurs Gitksan Wet'suwet'en « par nécessité, comme exception à la règle du oui-dire », mais de ne leur avoir donné aucune valeur probante indépendante²⁹ sous prétexte qu'ils n'étaient pas « littéralement vrais », qu'ils mélangeaient « les faits et les croyances », qu'ils « comportaient des éléments qui

²³ *Ibid.*

²⁴ *Id.* au para. 84. Il faut comprendre qu'un témoignage au moyen de « récits oraux » constitue une preuve par « oui-dire ».

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Id.* au para. 86.

²⁷ *Ibid.* La Cour Suprême a employé le mot « tangentielles » pour qualifier les caractéristiques des récits oraux dans le sens que celles-ci dévient de l'objectif du processus de découverte des faits, c'est-à-dire de la vérité historique.

²⁸ *Id.* au para. 87.

²⁹ *Id.* au para. 96.

pourraient être qualifiés de mythologiques » ou qu'ils évoquaient une « vision romanesque » de l'histoire des demandeurs³⁰. La Cour lui a aussi reproché d'avoir douté de l'utilité des récits oraux pour faire la preuve de l'utilisation et de l'occupation des terres visées, au motif qu'« ils manquaient sérieusement de détails au sujet des terres mêmes auxquelles ils étaient censés se rapporter »³¹. La Cour suprême a dit craindre que, si un tel raisonnement était suivi, la valeur des récits oraux des peuples autochtones serait sous-estimée par le système judiciaire canadien, en contravention aux instructions expresses qu'elle avait données dans l'arrêt *Van Der Peet*³².

Enfin, la Cour suprême a reproché au juge de première instance de s'être attendu à ce que les témoignages de récits oraux apportent la preuve définitive et précise d'activités autochtones sur le territoire avant le contact avec les Européens – une tâche virtuellement impossible – alors que le but poursuivi par les demandeurs en présentant ces récits à la Cour était tout simplement de démontrer que les origines de leur occupation actuelle remontaient à une époque antérieure à l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, ce pourquoi ils pouvaient s'avérer pertinents³³.

Quatre (4) ans plus tard, dans l'arrêt *Mitchell*³⁴, la Cour suprême a donné un coup de barre en direction opposée, en mettant l'accent sur la pérennité des règles de preuve traditionnelles plutôt que sur la nécessité de les adapter dans les procès de droits ancestraux³⁵.

En insistant davantage sur ceci ou sur cela, en effet, on peut fort bien transmettre des signaux différents tout en conservant à peu près le même discours. En fonction de leurs objectifs, les tribunaux usent parfois de cette technique. En l'occurrence, tant dans l'arrêt *Delgamuukw* que dans l'arrêt *Mitchell*, l'objectif de la Cour suprême était d'écarter les conclusions de fait tirées en première instance. Cependant, alors que dans l'arrêt *Delgamuukw* ces conclusions étaient défavorables aux demandeurs autochtones,

³⁰ *Id.* au para. 97.

³¹ *Ibid.*

³² *Id.* au para. 98.

³³ *Id.* au para. 101.

³⁴ *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911 [*Mitchell*].

³⁵ *Id.* au para. 30.

dans l'arrêt *Mitchell* elles leur étaient favorables. D'où l'insistance, dans ce dernier arrêt, sur le respect de l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada plutôt que sur la nécessité de donner effet aux droits garantis à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Dans l'arrêt *Mitchell*, la Cour suprême a donc affirmé qu'aucune règle ne statuait l'admissibilité générale des récits oraux, mais qu'ils étaient admissibles lorsqu'ils étaient à la fois utiles et raisonnablement fiables, sous réserve du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance de les exclure³⁶. Les récits oraux, selon la Cour, peuvent être utiles de deux (2) façons : en offrant une preuve qui ne pourrait être obtenue autrement, et en fournissant « le point de vue autochtone » sur le droit revendiqué³⁷. La Cour a ajouté que « pour les questions de l'admissibilité de la preuve et – si elle est admise – du poids à lui accorder, il peut être à propos de s'enquérir de la connaissance du témoin des traditions et de l'histoire orale autochtone et de sa capacité de témoigner sur celles-ci »³⁸. Cependant, la Cour a réitéré que les récits oraux ne devaient pas être écartés pour le simple motif de non-conformité aux attentes d'un point de vue non autochtone³⁹.

Quant à l'interprétation de la preuve – autrement dit quant à la force probante à lui accorder – la Cour a réitéré qu'il ne servait à rien d'admettre en preuve les récits oraux pour ensuite les sous-estimer ou les priver de toute valeur probante indépendante⁴⁰. Par conséquent, a rappelé la Cour, il faut que les tribunaux accordent « le poids qui convient » au point de vue des autochtones⁴¹. Mais, s'est-elle empressée d'ajouter, « il faut encore établir le bien-fondé des revendications sur la base d'une preuve convaincante selon la prépondérance des probabilités »⁴². Aussi, de conclure la Cour, accorder au point de vue des autochtones « le poids qui convient » et le placer « sur un pied d'égalité »

³⁶ *Id.* au para. 31.

³⁷ *Id.* au para. 32.

³⁸ *Id.* au para. 33.

³⁹ *Id.* au para. 34.

⁴⁰ *Id.* au para. 37.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Id.* au para. 39.

avec les autres types de preuve plus familiers, cela signifie leur donner un traitement égal et approprié, ni plus, ni moins⁴³.

Le message de l'arrêt *Mitchell*, qui met l'accent sur le respect des règles de preuve traditionnelles et qui suggère de filtrer les témoignages de récits oraux, a quelque peu éclipsé celui de l'arrêt *Delgamuukw*, qui s'attachait davantage à la nécessité de donner effet aux droits garantis par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Somme toute, il en résulte un message ambigu. Il ne faut donc pas s'étonner qu'il ait suscité des jugements contradictoires au sujet des récits oraux, comme par exemple celui de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Benoît*⁴⁴ et celui de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Roger Williams*⁴⁵.

Dans l'affaire *Benoît*, la Couronne fédérale en avait appelé de la décision de la division de première instance de la Cour fédérale, selon qui le Traité no. 8 de 1899 exemptait de taxes la Première Nation Dénée. La Cour d'appel fédérale a d'abord repris la suggestion de la Cour suprême de s'enquérir des connaissances et capacités des personnes appelées à témoigner au sujet des récits oraux, la transformant en une recommandation formelle⁴⁶. Elle a ajouté qu'une « norme objective » devait être utilisée pour évaluer les connaissances et capacités de ces témoins⁴⁷, sans toutefois la préciser⁴⁸.

La Cour d'appel s'est ensuite écartée à la fois de l'arrêt *Delgamuukw* et de l'arrêt *Mitchell* en affirmant que les récits oraux devaient être jugés plus ou moins fiables selon

⁴³ *Id.* au para. 39. La Cour suprême a souligné les mots « égal » et « approprié ».

⁴⁴ *Canada c. Benoit*, 2003 CAF 236, [2003] 3 C.N.L.R. 20 (CAF) [*Benoît*].

⁴⁵ *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2007 BCSC 1700, 2008 BCSC 600, [2008] 1 CNLR 112 [*Tsilhqot'in Nation*].

⁴⁶ *Benoît*, *supra* note 44 aux para. 100-103. Au para 102, la Cour d'appel fédérale affirme que l'arrêt *Mitchell* a parlé de la nécessité de s'enquérir des connaissances du témoin, alors que la Cour suprême a plutôt mentionné qu'il « peut être approprié » de le faire : *Mitchell*, *supra* note 34, au para. 33.

⁴⁷ *Id.* aux para. 101-103.

⁴⁸ La Cour d'appel fédérale a écarté la « norme de la communauté » comme insuffisante, tout en reconnaissant qu'elle pouvait être utile.

que la Première Nation concernée aura plus ou moins formalisé et structuré la façon de les établir et les critères d'autorité pour les conserver et les transmettre⁴⁹.

Enfin, la Cour d'appel a adopté comme « entièrement conforme à *Mitchell* » l'approche de l'expert du gouvernement fédéral au sujet de l'admissibilité des récits oraux et de la valeur probante à leur attribuer⁵⁰. On trouve pourtant, parmi les extraits du rapport de l'expert du gouvernement fédéral cités et approuvés par la Cour, certains passages incompatibles avec l'enseignement de la Cour suprême, notamment :

- que les récits oraux devraient être soumis au même type d'examen que les autres formes de preuve⁵¹;
- que les récits oraux ne devraient être admis que s'ils sont corroborés par une preuve indépendante⁵².

Pour étayer ce dernier point, la Cour d'appel fédérale a cité un passage de l'arrêt *Mitchell* où la juge McLachlin avait confirmé l'utilité du témoignage du Grand Chef Mitchell sur l'histoire orale tout en remarquant qu'il était confirmé par la preuve archéologique⁵³. Pourtant, cette remarque de la juge McLachlin ne peut pas être interprétée comme une indication que la Cour suprême exige la corroboration des récits oraux, puisque dans le même arrêt elle a confirmé qu'il fallait donner aux récits oraux une valeur probante indépendante⁵⁴.

⁴⁹ *Id.* au para. 109. À cet égard, la Cour d'appel fédérale a comparé l'absence de formalisme chez les Dénés aux structures des Gitksan Wet'suwet'en en matière de récits oraux tel que rapporté par la Cour suprême dans l'arrêt *Delgamuukw*. Cependant, la Cour suprême a plutôt affirmé dans l'arrêt *Delgamuukw*, comme elle l'avait fait dans l'arrêt *Kruger*, que l'adaptation du droit de la preuve doit se faire « au cas par cas » : *Delgamuukw*, *supra* note 3, au para. 87; voir aussi *Kruger*, *supra* note 14.

⁵⁰ *Id.* aux para. 112-113.

⁵¹ *Id.* au para. 111.

⁵² *Ibid.* Dans *Delgamuukw*, la Cour suprême a plutôt affirmé que le droit de la preuve devait être adapté au fait que bien des caractéristiques des récits oraux jouent contre leur admissibilité, ce qui d'ailleurs a été repris dans l'arrêt *Mitchell* lorsque la Cour a mis en garde les tribunaux contre la « perspective eurocentriste » : *Delgamuukw*, *supra* note 3 au para. 86.

⁵³ *Benoit*, *supra* note 44 au para. 100.

⁵⁴ *Mitchell*, *supra* note 34 au para. 37.

Dans la récente affaire *Roger Williams*⁵⁵, une affaire de titre aborigène concernant la Nation Tsilhqot'in, la Cour d'appel de Colombie-Britannique a elle aussi eu l'occasion d'appliquer l'enseignement de la Cour suprême sur la preuve en matière de droits ancestraux. Toutefois, elle l'a fait de façon fort différente.

En 2004, alors que le procès était déjà commencé et qu'un certain nombre de témoins avaient été entendus sur des questions comme les limites du territoire, les coutumes à l'époque du contact et leur transmission, les défendeurs Canada et Colombie-Britannique ont déposé une requête où ils s'opposaient à l'admission en preuve de l'histoire et des traditions orales de la Nation Tsilhqot'in sans que la Cour ait d'abord mis en place un « processus d'enquête » au sujet de l'admissibilité, de la fiabilité et des assises de cette preuve⁵⁶. Les défendeurs invoquaient l'arrêt *Mitchell*, où un tel processus avait été suggéré⁵⁷. Ils proposaient chacun un modèle plus ou moins complexe⁵⁸.

Les demandeurs s'opposaient à tout processus, et en particulier aux modèles proposés par les défendeurs, alléguant qu'ils faisaient fi de la manière dont l'histoire et les traditions étaient apprises chez les Tsilhqot'in⁵⁹. Pour étayer leurs arguments, les demandeurs avaient déposé l'affidavit d'un anthropologue qui affirmait que les Tsilhqot'in n'avaient pas besoin d'une autorisation formelle pour relater leur histoire orale, ni n'avaient de spécialistes de l'histoire orale formellement attitrés⁶⁰.

En rendant jugement sur cette requête, la Cour suprême de Colombie-Britannique a d'abord remarqué qu'aucune cour n'avait encore établi de processus formel pour déterminer l'admissibilité des récits oraux⁶¹. La Cour a donc refusé de le faire, au motif qu'il serait inapproprié de traiter la preuve par ouï-dire de l'histoire et des traditions autochtones différemment de la preuve par ouï-dire dans d'autres affaires, sauf pour

⁵⁵ *Tsilhqot'in Nation*, supra note 45.

⁵⁶ *William et al. v. British Columbia et al.*, 2004 BCSC 148, [2004] 2 CNLR 380.

⁵⁷ *Id.* au para. 10.

⁵⁸ *Id.* aux para. 3 et 4.

⁵⁹ *Id.* au para. 5.

⁶⁰ *Id.* aux para. 6 à 8. La tradition des Tsilhqot'in était donc différente, à cet égard, de celle des Gitksan Wet'suwet'en, tel que rapporté par la Cour suprême dans l'arrêt *Delgamuukw*.

⁶¹ *Id.* au para. 16.

garder à l'esprit « la promesse de réconciliation » contenue dans le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁶².

Cependant, la Cour a accepté d'établir un processus informel destiné à l'éclairer sur les questions d'admissibilité et de fiabilité de la preuve par ouï-dire⁶³. Se gardant de vouloir en faire un modèle à suivre dans les autres procès, vu le pouvoir discrétionnaire de chaque tribunal de première instance sur cette question, la Cour a décrit ainsi le processus qu'elle proposait :

- 1- D'entrée de jeu, les avocats des demandeurs seraient invités à faire un exposé sur les traditions de la Première Nation, notamment sur la façon dont les histoires orales, coutumes et traditions sont préservées, sur les critères qui autorisent un membre de la Première Nation à les transmettre, sur les personnes qui seront appelées à venir en faire part à la Cour et sur les raisons de ce choix⁶⁴;
- 2- Avant la prestation d'un témoin appelé à relater des récits oraux, son avocat serait invité à faire un bref exposé sur la nature du témoignage et ensuite, avant que le témoin ne livre son témoignage, celui-ci pourrait être interrogé sur ses connaissances de l'histoire orale, la manière dont il l'a apprise, la réputation de ceux qui la lui ont transmise, la manière dont ces derniers l'ont eux-mêmes apprise, ou sur d'autres questions semblables, suite à quoi les avocats pourraient faire des représentations sur l'admissibilité du témoignage⁶⁵.

La Cour a ajouté que l'examen préliminaire des témoins ne constituerait pas un « voir-dire », mais serait versé en preuve⁶⁶. Le « voir-dire » est un procès dans le procès, où la preuve recueillie sert à déterminer si une déclaration faite à une personne en autorité

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Id.* au para. 24. Selon la Cour, cet exposé constituerait l'arrière-plan à l'aune duquel la fiabilité des témoins d'histoires orales serait ensuite mesurée.

⁶⁵ *Id.* au para. 19.

⁶⁶ *Id.*, au para. 29.

est libre et volontaire⁶⁷. D'habitude, cette preuve n'est pas prise en compte aux fins du procès lui-même.

En lisant le jugement sur le fond rendu par la Cour suprême de Colombie-Britannique dans l'affaire *Tsilhqot'in*⁶⁸, il est difficile de mesurer l'effet que le processus d'examen préliminaire mis en place durant le procès a pu avoir sur l'issue finale. Nulle part dans son jugement, en effet, la Cour n'indique quelle est selon elle la « bonne approche » pour attribuer à un témoignage la valeur probante qui lui revient, sinon pour affirmer que « la vérité qui se cache au cœur d'une preuve de tradition orale peut être difficile à saisir »⁶⁹, ou encore qu'on doit « sasser cette masse de preuve orale en gardant à l'esprit le rôle de la tradition chez les peuples autochtones »⁷⁰.

Toutefois, l'ensemble du jugement démontre que la force probante à attribuer aux récits oraux a constitué une préoccupation constante pour la Cour. Et contrairement à la Cour d'appel fédérale, la Cour suprême de Colombie-Britannique a rejeté comme non-conforme à l'enseignement de la Cour suprême la thèse du témoin expert du gouvernement fédéral voulant qu'on ne doive accorder aucune valeur probante aux témoignages d'histoire orale non corroborés⁷¹.

3- Conclusion

Dans l'arrêt *Levogiannis*, en 1993, la Cour suprême du Canada affirmait que « les tribunaux tendent de plus en plus à écarter les obstacles à la découverte de la vérité »⁷².

Peut-être cette affirmation était-elle vraie dans le contexte de l'arrêt *Levogiannis*. Mais lorsqu'il est question de preuve dans les affaires de droits ancestraux, on constate que malgré l'enseignement de la Cour suprême, les tribunaux ont tendance à être plus critiques de l'histoire orale transmise par ouï-dire que des documents d'archives

⁶⁷ *Sopinka*, supra note 5, aux pp. 365 ss.

⁶⁸ *Tsilhqot'in Nation (2007)*, supra note 45.

⁶⁹ *Id.* au para. 137.

⁷⁰ *Id.* au para. 196.

⁷¹ *Id.* au para. 152.

⁷² *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, à la p. 487.

contemporains des récits oraux, comme si la première comportait plus d'obstacles à la découverte de la vérité.

Ce phénomène s'est manifesté encore récemment dans deux affaires de pêche commerciale, les affaires *Lax Kw'alaams*⁷³ et *Ahousat*⁷⁴, où dans la première, la pénurie et, dans la seconde, l'abondance relative d'écrits historiques rédigés par les occidentaux, ont joué respectivement contre et pour les autochtones. En introduction de son jugement dans l'affaire *Lax Kw'alaams*, par exemple, la juge Satanove de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a affirmé que la preuve « primaire », c'est-à-dire la preuve directe, orale ou écrite, donnée par une personne qui était présente en temps et lieu pertinents, était meilleure que la preuve « secondaire », celle qui consiste en le oui-dire oral ou écrit d'une personne qui a recueilli l'information originale fournie par la source primaire⁷⁵. Et la juge Satanove n'a pas hésité à classer les relations des missionnaires parmi les sources « primaires » de preuve⁷⁶.

Or, il n'est que de lire les relations des missionnaires fraîchement débarqués au sein d'une tribu indienne, au sujet des cérémonies, coutumes ou mœurs de cette tribu, pour douter de leur supériorité sur les récits oraux⁷⁷. Dans ces relations, où les descriptions se doublent d'interprétations, transparait souvent l'ignorance culturelle et les préjugés⁷⁸. On doit conclure qu'il peut y avoir distorsion des faits toute aussi importante dans les récits écrits des missionnaires que dans les récits oraux, quoique pour des raisons différentes.

À la suggestion de la Cour suprême, les cours de première instance établiront de plus en plus souvent des processus d'examen préliminaire sur la nécessité et la fiabilité

⁷³ *Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (A.G.)*, 2008 BCSC 447, [2008] 3 C.N.R.L. 158 (B.C.S.C.); 2009 BCCA 593 [*Lax Kw'alaams Indian Band*] (autorisation de pourvoi accordée par la Cour suprême du Canada le 10 juin 2010).

⁷⁴ *Ahousat Indian Band and Nation v. Canada (A.G.)*, 2009 BCSC 1494, [2010] 1 C.N.L.R. 1 (B.C.S.C.).

⁷⁵ *Lax Kw'alaams Indian Band (B.C.S.C.)*, *supra* note 73 au para. 14.

⁷⁶ *Id.* au para. 15.

⁷⁷ Voir par exemple Gabriel Sagard, *Le Grand voyage du pays des Hurons*, Montréal, Éditions Hurtubise HMH Ltée, 1976, aux pp. 104 et ss. (Le livre de Sagard fut publié pour la première fois en 1632).

⁷⁸ Ces préjugés sont évidents, ne serait-ce que par le qualificatif « ridicules » fréquemment accolé aux mœurs ou coutumes de ces tribus. Dans l'ouvrage de Sagard, par exemple, on trouve le titre de chapitre suivant : « Des danses, chansons et autres cérémonies ridicules » (p. 104). Un autre chapitre, à la p. 176, commence par les mots suivants : « Désireux de voir les cérémonies et façons ridicules qu'ils observent à la pêche du grand poisson, qu'ils appellent *Assihendo...* »

des récits oraux. Pour les juges, tant à cause de leur culture que de leur formation, c'est déjà un défi que de traiter ces récits oraux sur un pied d'égalité avec les documents historiques. C'est sans doute pour cela que la Cour suprême a insisté, dans l'arrêt *Delgamuukw*, sur la nécessité pour les tribunaux de faire montre d'ouverture à l'égard de la culture des Premières Nations. Cependant, l'influence de l'arrêt *Delgamuukw* s'est trouvé relativisé par l'arrêt *Mitchell* quelques années plus tard. Il en résulte un certain tiraillement, chez les juges de première instance, entre la nécessité de tenir compte du point de vue des Premières Nations et l'obligation de respecter le cadre constitutionnel et juridique canadien. De nouvelles directives de la Cour suprême, plus précises, s'imposent donc au sujet de la preuve des droits ancestraux.
