

**À propos d'une décision de la
Cour suprême du Canada
ou
de l'intérêt de l'histoire orale amérindienne**
Jacques Vanderlinden

La décision de la Cour suprême du Canada en cause de *Delgamuukw c. Colombie britannique*¹ fera date à de nombreux égards. Son principal point d'intérêt pour les lecteurs de *Forum d'histoire orale* est la place qu'elle fait désormais à cette histoire en matière de modes de preuve des droits historiques des autochtones sur leur domaine foncier. Expliquons-nous.

Les règles de preuve jouent un rôle fondamental en droit et particulièrement dans un système de common law². Cette importance se manifeste à un double niveau : celui du procès et celui de l'adhésion du public aux résultats de celui-ci. Au plan du procès, les faits soumis à l'appréciation du tribunal doivent être prouvés de manière à entraîner la conviction du juge ou du jury quant à la réalité de leur existence; s'ils ne sont pas établis de cette façon, ils ne peuvent être pris en considération pour fonder la décision. Au plan de l'adhésion du public aux résultats du procès, donc à la décision, il est essentiel que le groupe social concerné par la décision ait confiance dans le système de preuves que mettent en oeuvre les juristes. Si cette confiance n'existe pas et que les preuves ayant permis d'aboutir à la décision sont mises en doute, l'opinion publique risque de rejeter celle-ci et de perdre le respect qu'elle doit en principe avoir pour les décisions de justice.

Ce problème est particulièrement important lorsque se rencontrent, face aux juges, des cultures aussi différentes que celles des Amérindiens et celles des colonisateurs d'origine, plus ou moins lointaine, européenne. Il est

1. [1997] 3 R.C.S. 1010.

2. Voir, par exemple, S. Rousselle, *La preuve*, Collection La common law en poche, Montréal/Bruxelles, Yvon Blais/Bruylant, 1996.

encore plus complexe lorsqu'il s'agit d'établir la matérialité de droits antérieurs à la colonisation ou datant des débuts de celle-ci. À ce moment, les sociétés amérindiennes vivent dans une culture dont on peut dire, de manière simplifiée, qu'elle est orale. En cela elles s'opposent directement aux cultures juridiques coloniales qui peuvent, sans crainte de se tromper, mais aussi avec les réserves d'usage, être considérées comme écrites. Ainsi en viennent à s'opposer le récit oral et l'acte formel écrit.

La Cour suprême en est particulièrement consciente depuis l'arrêt récent en cause de *R. c Van der Peet*³ dans lequel le juge en chef Lamer déclarait :

Pour déterminer si un demandeur autochtone a produit une preuve suffisante pour établir que certaines activités sont un aspect d'une coutume, pratique ou tradition qui fait partie intégrante d'une culture autochtone distinctive, le tribunal doit appliquer les règles de preuve et interpréter la preuve existante en étant conscient de la nature particulière des revendications des autochtones et des difficultés que soulève la preuve d'un droit qui remonte à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit.

Sous réserve du constat que les "difficultés" en matière de preuve auxquelles se réfère l'honorable juge en chef n'existent qu'aux yeux des colonisateurs, et pas à ceux des autochtones (lesquels pourraient parfaitement estimer que les difficultés en cause résultent, au contraire, de l'introduction des modes de preuve européens), on ne peut qu'applaudir à ce *dictum* qui témoigne d'un respect de très bon aloi pour les systèmes juridiques autochtones. Cependant, si dans *Van der Peet*, la Cour avait eu l'occasion de prendre en compte ces difficultés, elle n'avait pas eu l'occasion de le mettre en application le second volet du principe qu'elle posait, à savoir que l'interprétation de la preuve devait se faire dans une perspective accordant le poids qu'il méritait au point de vue des autochtones.

C'est ce qu'elle va faire dans *Delgamuukw* en déclarant que "en pratique, cela exige que les tribunaux acceptent les récits oraux des sociétés autochtones, récits, qui, pour bon nombre de nations autochtones, sont les seuls témoignages de leur passé." Et, plus loin, elle précise que "ces récits jouent un rôle crucial dans les litiges portant sur les droits ancestraux". La Cour s'appuie sur les travaux de la Commission royale sur les peuples

3. [1996] 2 R.C.S. 507.

autochtones⁴, pour conclure que “le droit de la preuve doit être adapté afin que ce type de preuve puisse être mis sur un pied d'égalité avec les différents types d'éléments de preuve historique familiers aux tribunaux, le plus souvent des documents historiques”.

La Cour va en conséquence réévaluer la pertinence pour l'affaire en cause de deux aspects de l'histoire orale des nations Gitksan et Wet'suwet', soit d'une part l'*adaawk* et *kungax* respectivement, et d'autre part ce qu'elle appelle “les souvenirs du mode de vie ancestral”. En ce qui concerne les deux premiers, la Cour souligne qu'il s'agit de récits oraux “d'un genre spécial” et elle estime, au contraire du juge de première instance, qu'en l'occurrence ils sont pertinents pour la preuve du titre aborigène. Et il en va de même pour les seconds.

Comme on le voit, la Cour suprême, tout en préservant le droit du juge canadien d'apprécier souverainement la pertinence des preuves qui lui sont soumises, lui impose simultanément le devoir d'apprécier à leur juste valeur les éléments de la tradition orale autochtone qui lui sont soumis à titre de preuve des droits fonciers ancestraux que revendiquent les communautés amérindiennes. La tradition orale sort ainsi des cadres culturels, économiques, politiques et sociaux dans lesquels les juristes positivistes entendaient la confiner, encore qu'on puisse se demander si ce dernier terme à un sens en l'occurrence, pour faire irruption dans le monde souvent trop confiné (au sens vrai du terme cette fois) de ceux qui ont choisi de limiter leur horizon à ce qui leur est familier.

4. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, (1966), vol. 1 (*Un passé, un avenir*), p. 35.