Document generated on 07/17/2025 3:31 p.m.

Recherches amérindiennes au Québec

LA PREUVE ORALE DANS LES PROCÈS RELATIFS À L'ARTICLE 35 DE LA *LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1982* : UN TRAITEMENT NI « ÉGAL » NI « APPROPRIÉ »

Commentaire de l'arrêt *Canada c. Benoît*, 2003 C.A.F. 236 (jugement de la Cour d'appel fédérale du 11 juin 2003)

Paul Dionne

Volume 33, Number 3, 2003

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1082427ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1082427ar

See table of contents

Publisher(s)

Recherches amérindiennes au Québec

ISSN

0318-4137 (print)
1923-5151 (digital)

Explore this journal

Cite this document

Dionne, P. (2003). LA PREUVE ORALE DANS LES PROCÈS RELATIFS À L'ARTICLE 35 DE LA *LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1982* : UN TRAITEMENT NI « ÉGAL » NI « APPROPRIÉ » : commentaire de l'arrêt *Canada c. Benoît*, 2003 C.A.F. 236 (jugement de la Cour d'appel fédérale du 11 juin 2003). *Recherches amérindiennes au Québec*, *33*(3), 91–92. https://doi.org/10.7202/1082427ar

Tous droits réservés © Recherches amérindiennes au Québec, 2003

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Chronique juridique

LA PREUVE ORALE DANS LES PROCÈS RELATIFS À L'ARTICLE 35 DE LA *LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1982 :* UN TRAITEMENT NI « ÉGAL » NI « APPROPRIÉ »

Commentaire de l'arrêt *Canada* c. *Benoît,* 2003 C.A.F. 236 (jugement de la Cour d'appel fédérale du 11 juin 2003)

Paul Dionne, avocat

IL Y A UNE VINGTAINE D'ANNÉES, dans l'arrêt *Simon* (*Simon* c. *R.*, [1985] 2 R.C.S. 387), la Cour suprême du Canada acceptait comme preuve du lien entre un Indien accusé de chasse illégale et les signataires micmacs d'un traité datant de 1752, l'aveu de l'accusé qu'il était Indien inscrit en vertu de la *Loi sur les Indiens* et qu'il était membre d'une bande d'Indiens micmacs. La Cour estimait que cette preuve devait suffire, même si elle n'était pas concluante, sinon, écrivait-elle, aucun Indien micmac ne pourrait établir sa filiation (*id.* : 407-408). La Cour constatait que, puisque les traditions micmaques étaient orales, l'imposition d'un fardeau de preuve impossible enlèverait toute valeur aux droits de chasse qu'un Micmac pourrait par ailleurs invoquer en se fondant sur un traité ancien (*ibid.*).

La Cour suprême affirmait dix ans plus tard que les tribunaux doivent appliquer les règles de preuve et interpréter la preuve en étant conscients 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 (*R.* c. *Van Der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 68). La Cour mettait les tribunaux en garde contre la tentation d'accorder un poids insuffisant à la preuve des autochtones simplement parce qu'elle ne respecterait pas les normes applicables dans une affaire de responsabilité civile, par exemple (*ibid.*).

L'année suivante, la Cour suprême résumait les principes à suivre en matière de preuve dans les procès relatifs aux droits des autochtones. La Cour statuait d'abord que les droits ancestraux sont des droits particuliers qui exigent d'accorder le poids qui convient au point de vue des autochtones, en autant qu'on ne fasse pas entorse à l'organisation judiciaire et constitutionnelle du Canada (*Delgamuukw* c. *Colombie-Britannique,* [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 82). La Cour précisait ensuite qu'« accorder le poids qui convient » au point de vue des autochtones sur leurs coutumes, pratiques et traditions, de même que sur les rapports qu'ils entretiennent avec le territoire, exigeait qu'on accepte leurs récits oraux, qui sont souvent les seuls témoignages de leur passé (*id.* : par. 84). Elle soulignait la nécessité de cette règle même si certaines caractéristiques des récits oraux – notamment leur rôle social comme expression des valeurs et des mœurs autochtones et le fait qu'ils consistent habituellement en déclarations extrajudiciaires – peuvent jouer dans notre système de preuve contre leur admissibilité et contre leur valeur probante (*id. :* par. 86). La Cour concluait que le droit de la preuve devait être adapté afin que les récits oraux soient placés « sur un pied d'égalité » avec les différents types de preuve historique familiers aux tribunaux, le plus souvent des documents d'archives (*id.* : par. 87).

Appliquant ensuite ces principes au traitement réservé à la preuve par le juge de première instance, la Cour suprême reprochait à ce dernier de n'avoir accordé aucune valeur probante indépendante aux récits oraux et de s'être attendu qu'ils apportent la preuve précise d'activités sur le territoire, mettant ainsi à la charge des autochtones un fardeau quasi insurmontable (*id. :* par. 98 et 101).

Trois ans plus tard, dans l'arrêt *Mitchell* (*Mitchell* c. *M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911), la Cour suprême nuançait son approche. Insistant sur le pouvoir discrétionnaire du tribunal d'exclure les récits oraux, la Cour assujettissait l'admissibilité de ces récits aux critères d'« utilité » et de « fiabilité raisonnable » (*id.* : par. 31) et laissait entendre qu'ils pouvaient ne pas répondre au critère d'utilité lorsqu'il existe des documents d'archives contemporains portant sur les mêmes faits (*id.* : par. 32). Elle indiquait aussi implicitement qu'un récit oral pouvait ne pas fournir le point de vue autochtone au sujet du droit revendiqué (*ibid.*).

La Cour estimait en outre, dans ce jugement, que les principes de droit de la preuve énoncés de longue main pour les droits ancestraux et issus de traités signifiaient simplement que le point de vue des autochtones et la preuve à l'appui de ce point de vue devaient recevoir un traitement *égal* et *approprié* (*id. :* par. 39, c'est la Cour qui souligne), ni plus ni moins, et elle invitait les tribunaux à ne pas franchir la limite « entre l'application éclairée des règles de preuve et l'abandon complet de ces règles » (*ibid.)*. Comme corollaire de ces nuances, la Cour concluait que les autochtones devaient fournir une preuve « convaincante » de leurs droits ancestraux (*id. :* par. 39 et 42).

En mettant ainsi l'accent sur les ressemblances entre les règles de preuve particulières aux affaires autochtones et les règles de preuve ordinaires, plutôt que sur leurs différences, l'arrêt *Mitchell* a sans doute modifié l'approche libérale de la Cour suprême en matière de preuve de droits ancestraux et issus de traités. Le nouveau critère d'utilité, par exemple, prête flanc à une interprétation qui pourrait affecter l'égalité de traitement des récits oraux préconisée dans l'arrêt *Delgamuukw.* Toutefois, la Cour suprême n'a certainement pas répudié cette approche libérale et les principes qu'elle sous-tend, car elle a rappelé que « l'identité culturelle est une question *subjective* difficile à saisir » (*id.* : par. 32, nous soulignons), et que les juges doivent se garder, pour déterminer l'utilité et la fiabilité des récits oraux, « de faire des suppositions faciles fondées sur les traditions eurocentriques de collecte et de transmission des traditions et des faits historiques » (*id.* : par. 34). De même, en affirmant qu'il était possible de faire la preuve d'une revendication autochtone « à partir d'une preuve très limitée, directe *ou autre* » (*id.* : par. 42, nous soulignons), la Cour a reconnu implicitement qu'une preuve par ouï-dire pouvait s'avérer « convaincante ».

La Cour d'appel fédérale a choisi néanmoins de ne retenir de l'arrêt *Mitchell* que la vision étroite. Dans l'arrêt *Benoît* (*Canada* c. *Benoît*, 2003 CAF 236, jugement du 11 juin 2003), en effet, la Cour d'appel vient d'adopter une approche exagérément conservatrice des règles de preuve applicables en matière de droits ancestraux et issus de traités.

La question en litige, dans *Benoît*, était de savoir si le Traité numéro 8, conclu en 1899 entre la Couronne et les Indiens cris et dénés, comportait la promesse aux autochtones qu'ils ne seraient jamais taxés (*id.* : par. 1). Se fondant sur un rapport écrit des Commissaires qui

avaient négocié le traité au nom de la Couronne et sur certains récits oraux qui corroboraient ce rapport, la division de première instance de la Cour fédérale avait décidé que le Traité numéro 8 comportait une telle promesse. La Cour d'appel fédérale a renversé cette décision, faisant droit à l'argument de la Couronne que la division de première instance aurait dû n'accorder aucun poids aux récits oraux des Indiens.

Le problème de preuve examiné dans *Benoît* concerne un droit issu de traité et non un droit ancestral. La Cour d'appel fédérale justifie d'ailleurs les libertés qu'elle prend avec la jurisprudence de la Cour suprême, sur ce qu'elle n'a pas affaire à « un droit qui remonte à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit » (*id.* : par. 115). Justification spécieuse, car si les coutumes, pratiques et traditions autochtones étaient davantage consignées par écrit en 1899 qu'avant l'arrivée des Européens, ce travail d'écriture n'était encore le fait que d'observateurs étrangers. Même aujourd'hui, les coutumes, pratiques et traditions des peuples autochtones se transmettent oralement, et ce n'est que récemment que le souci d'écrire leur propre histoire a commencé à poindre chez eux.

Quoi qu'il en soit, la Cour d'appel fédérale s'attache à démontrer que les récits oraux mis en preuve pour corroborer le rapport des Commissaires sont « épars, incertains, équivoques, décousus, répétitifs, ambigus et non concluants » (*id.* : par. 24, 26, 60, 72, 73 et 116). Or, les récits oraux ont tous les mêmes caractéristiques, qu'on les emploie pour interpréter un traité ou pour démontrer « un droit qui remonte à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit ». L'arrêt *Benoît* est donc susceptible d'affecter la preuve des droits ancestraux autant que celle des droits issus de traités.

La Cour d'appel fédérale fonde les prémisses de son raisonnement sur certains passages de l'arrêt *Mitchell* qu'elle complète avec la notion de « degré de probabilité sans risque », tirée d'une jurisprudence sans rapport avec les droits ancestraux (*id.* : par. 25[1]). Puis, elle annonce qu'elle va examiner la fiabilité et l'exactitude des récits oraux des autochtones « au vu » de la preuve historique (*id.* : par. 27), niant ainsi aux récits oraux toute valeur probante indépendante. Et de fait, la Cour critique la preuve par ouï-dire au motif que celui qui la rapporte, n'étant pas témoin direct des événements, est susceptible d'énoncer en toute bonne foi des faussetés. La Cour ne remarque pas que la même critique vaut pour le récit écrit d'un observateur étranger, ignorant la langue, les us et les coutumes qu'il décrit, témoin direct d'événements dont il ne saisit probablement pas l'exacte signification. Le témoin direct d'une culture étrangère serait-il plus crédible que le témoin indirect de sa propre culture ? À cette question, la Cour répondrait « oui » sans hésiter (*id.* : par. 107).

Et, de poursuivre la Cour d'appel fédérale : « Comment convaincre un sceptique que des documents créés dans le présent contiennent des renseignements exacts au sujet du passé ? » (*id.* : par. 111). En posant cette question, qu'elle emprunte à un témoin de la Couronne, la Cour s'écarte du principe voulant que les témoins ne soient pas jugés avec scepticisme[2], principe dont le respect est encore plus nécessaire lorsque les témoins sont d'une culture étrangère à celle du tribunal. Et en cautionnant ainsi l'idée que les récits oraux doivent fournir des renseignements exacts, la Cour ignore la mise en garde de la Cour suprême de ne pas s'attendre à ce que les récits oraux révèlent des activités ancestrales précises. Le pire, c'est que la Cour ne remarque pas que cette question vaut tout autant pour les documents écrits : « Comment un document créé par une personne qui ignore la culture qu'il décrit peut-il contenir des renseignements exacts sur cette culture », pourrait-on demander ? Si, comme la Cour le souligne, « la valeur de l'histoire communiquée oralement ne réside pas toujours dans sa correspondance aux faits » (*id.* : par. 111), cela est vrai aussi pour l'histoire communiquée par écrit à travers le prisme déformant d'une culture et d'une langue étrangères.

Dans le même ordre d'idées, la Cour d'appel fédérale préconise l'emploi d'« une quelconque norme objective » (*id.* : par. 103) pour décider de l'admissibilité et du poids de la preuve orale. À la recherche d'une « norme objective » pour évaluer l'exactitude de la tradition orale (*id.* : par. 102 et 103), la Cour prévient en quelque sorte les peuples autochtones qu'on ne les croira pas s'ils n'ont pas une histoire orale formelle et structurée, assujettie à un mécanisme de régulation (*id.* : par. 109). Impossible donc, pour les peuples autochtones, d'exprimer toutes les nuances et toute la subtilité de leur pensée et de leur langue (*id.* : par. 24, 26, 60, 72, 73 et 116). Traduites en caractères d'imprimerie, ces nuances et cette subtilité apparaîtraient aux yeux de la Cour d'appel comme des répétitions, des réticences ou des contradictions. En recherchant cette « norme objective », la Cour voudrait, malgré l'enseignement de la Cour suprême, réprimer les particularités de la culture autochtone au profit des normes et de la structure de la culture européenne. Bien sûr, la Cour ne mesure pas les conséquences que pareille répression pourrait avoir sur la sincérité d'un témoignage.

Il n'est pas étonnant qu'au terme de son raisonnement, la Cour d'appel fédérale répudie la notion de « preuve suffisante » et se rabatte sur la notion classique de « preuve concluante » (*id.* : par. 60, 72, 73 et 116). La Cour franchit ainsi une limite que la Cour suprême n'avait pas franchie dans l'arrêt *Mitchell*.

L'arrêt *Benoît* de la Cour d'appel fédérale ne doit pas devenir le modèle à suivre en matière de preuve des droits ancestraux et issus de traités, sinon la crainte formulée par le juge Dickson dans l'arrêt *Simon* se concrétisera : l'imposition d'un fardeau de preuve impossible enlèvera toute valeur aux droits ancestraux et issus de traités que les peuples autochtones auraient par ailleurs le droit d'invoquer en se fondant sur un traité, sur leur titre aborigène ou sur leurs coutumes, pratiques ou traditions ancestrales.

Selon la Cour suprême, on ne doit pas « saper l'objet même du paragraphe 35(1) » (*R.c. Côté*, [1996] 3 RCS 139 : par. 53) Or, l'imposition aux peuples autochtones d'un fardeau de preuve impossible aurait certainement cet effet. Après l'arrêt *Benoit*, il incombe à la Cour Suprême de dissiper l'incertitude qu'elle a semée, dans l'arrêt *Mitchell*, à propos de la preuve des droits ancestraux et issus de traités.

Notes

1. La Cour d'appel fédérale cite notamment l'arrêt *George* v. *George and Logie*, de la Cour d'appel de l'Ontario, où il était question du degré de preuve requis pour démontrer l'adultère !
2. C'est d'ailleurs l'approche qu'avait préconisée le juge de première instance, tel que rapporté au paragraphe 105 du jugement de la Cour d'appel fédérale.