

Les logiques de la rationalité judiciaire et le processus de la preuve dans le contentieux des droits des peuples autochtones : le cas des récits oraux

Marie Houde et Ghislain Otis

Volume 41, numéro 1, 2011

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1026942ar>
DOI : <https://doi.org/10.7202/1026942ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)
2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Houde, M. & Otis, G. (2011). Les logiques de la rationalité judiciaire et le processus de la preuve dans le contentieux des droits des peuples autochtones : le cas des récits oraux. *Revue générale de droit*, 41(1), 7–46.
<https://doi.org/10.7202/1026942ar>

Résumé de l'article

Cet article porte sur la rationalité judiciaire dans l'appréciation de la preuve, et plus précisément sur la manière par laquelle s'opère la réflexion judiciaire dans l'évaluation de la valeur probante de la preuve sous la forme de récits oraux dans le contentieux relatif aux droits des peuples autochtones. À la lecture de la jurisprudence pertinente, on note qu'une fois admis en preuve, les récits oraux sont tantôt surévalués, tantôt sous-évalués, voire même ignorés, lors de la détermination des faits par le juge. Ces courants jurisprudentiels nous amènent à conclure que la rationalité judiciaire dans l'appréciation de la preuve sous la forme de récits oraux se déploie selon trois logiques : (1) la logique systématique, (2) la logique réconciliatrice et (3) la logique empathique. La découverte de ce triptyque de la rationalité judiciaire dans l'appréciation de la preuve sous la forme de récits oraux nous permet d'apporter un nouvel éclairage sur la complexité de l'acte de juger dans le cadre de litiges mettant en jeu un droit visé par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette analyse jette la lumière sur le fait que la démarche d'appréciation de la preuve dans le contentieux relatif aux droits des peuples autochtones est encore largement expérimentale et vient valider empiriquement l'assertion de la Cour suprême du Canada selon laquelle la résolution des revendications autochtones entraîne le droit, et donc le juge, dans les univers mal balisés de l'histoire, des légendes, de la politique et des obligations morales.

**Les logiques de la rationalité judiciaire
et le processus de la preuve
dans le contentieux des droits
des peuples autochtones :
le cas des récits oraux**

MARIE HOUDE

Avocate et doctorante en droit, Université Laval et associée
à la Chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique
et les peuples autochtones, Université d'Ottawa

GHISLAIN OTIS

Professeur et titulaire de la Chaire de recherche du Canada
sur la diversité juridique et les peuples autochtones,
Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Cet article porte sur la rationalité judiciaire dans l'appréciation de la preuve, et plus précisément sur la manière par laquelle s'opère la réflexion judiciaire dans l'évaluation de la valeur probante de la preuve sous la forme de récits oraux dans le contentieux relatif aux droits des peuples autochtones. À la lecture de la jurisprudence pertinente, on note qu'une fois admis en preuve, les récits oraux sont tantôt surévalués, tantôt sous-évalués, voire même ignorés, lors de la détermination des faits par

ABSTRACT

This article is about judicial reasoning in the assessment of evidence, and more precisely about judicial reasoning with respect to gauging the weight of oral history and oral tradition evidence presented by Aboriginal peoples in cases involving Aboriginal and treaty rights claims. Their study of the cases leads the authors to observe that such evidence, once found admissible, is either given excessive or insufficient weight, or is ignored. They also conclude that judicial reasoning in the assessment of

le juge. Ces courants jurisprudentiels nous amènent à conclure que la rationalité judiciaire dans l'appréciation de la preuve sous la forme de récits oraux se déploie selon trois logiques : (1) la logique systématique, (2) la logique réconciliatrice et (3) la logique empathique. La découverte de ce triptyque de la rationalité judiciaire dans l'appréciation de la preuve sous la forme de récits oraux nous permet d'apporter un nouvel éclairage sur la complexité de l'acte de juger dans le cadre de litiges mettant en jeu un droit visé par le paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982. Cette analyse jette la lumière sur le fait que la démarche d'appréciation de la preuve dans le contentieux relatif aux droits des peuples autochtones est encore largement expérimentale et vient valider empiriquement l'assertion de la Cour suprême du Canada selon laquelle la résolution des revendications autochtones entraîne le droit, et donc le juge, dans les univers mal balisés de l'histoire, des légendes, de la politique et des obligations morales.

oral history and oral tradition proceeds from three different logics : (1) systematic; (2) reconciliatory; and (3) empathic. The article explains these logics and thus sheds new light on the complexity of the act of judging in cases involving rights recognized under section 35 of the Constitution Act, 1982. This study shows that the evaluation of evidence in Aboriginal litigation is still substantially experimental and validates the Supreme Court's assertion that the resolution of Aboriginal claims takes the law, and thus judges, into the often uncharted waters of history, legends, politics and moral obligations.

Mots-clés : *Détermination des faits, processus de la preuve, théories de la preuve, atomisme, holisme, récits oraux, droits des peuples autochtones.*

Key-words : *Fact determination, process of proof, theories of proof, atomism, holism, oral histories, Aboriginal rights.*

SOMMAIRE

| | |
|--|----|
| Introduction | 10 |
| 1. La spécificité de la preuve dans le contentieux relatif aux droits des peuples autochtones | 14 |
| 1.1 La reconstruction de faits historiques comme enjeu du contentieux autochtone..... | 14 |
| 1.2 L'altérité culturelle au coeur du contentieux autochtone : les récits oraux | 18 |
| 2. Les finalités du processus de la preuve | 22 |
| 2.1 La décision rationnelle..... | 27 |
| 2.2 La décision raisonnable | 29 |
| 2.3 Les méthodes au service des finalités : holisme et atomisme | 31 |
| 3. Les logiques de la rationalité judiciaire dans le processus d'appréciation de la preuve sous forme de récits oraux autochtones..... | 33 |
| 3.1 La logique réconciliatrice..... | 34 |
| 3.2 La logique empathique..... | 37 |
| 3.3 La logique systématique | 41 |
| Conclusion | 45 |

INTRODUCTION

1. La question de la preuve, dans le contexte judiciaire, est un sujet complexe qui nécessite de considérer un ensemble de facteurs tels que les finalités du processus de la preuve¹, les logiques formelle et informelle, la culture, les valeurs, les pré-supposés, les intuitions, les expériences personnelles et les préférences des acteurs au prétoire. Le processus de la preuve peut être appréhendé autant sous l'angle de la conviction que de la persuasion dans lequel la logique, l'expérience et l'intuition du juge lui permettent d'apprécier la valeur probante de divers éléments de preuve et les interprétations qui en découlent, en vue de déterminer les faits sur lesquels il appliquera le droit substantif pour trancher le litige, ou par lesquels il apportera la solution qu'il estimera la plus juste pour mettre fin à un conflit et ainsi rétablir l'harmonie et l'équilibre, notamment entre les parties.

2. En appréhendant la rationalité judiciaire² afin d'examiner la manière par laquelle s'opère la réflexion du juge dans le processus de la preuve, nous nous inscrivons dans le courant du *New Evidence Scholarship*³, lequel invite le chercheur à s'intéresser, non pas à l'étude des règles de preuve⁴,

1. Christine BOYLE, Marilyn T. MACCRIMMON, Dianne MARTIN, *The Law of Evidence: Fact Finding, Fairness, and Advocacy*, Toronto, Edmond Montgomery Publications Ltd., 1999, p. 45 : « [T]he process of proof [...] has to do with [...] arguments about both assessing the information and the linkages between the information and the desired conclusion ». Cette expression vise ainsi le raisonnement du juge dans l'appréciation d'un élément de preuve (*evidence*) une fois admis, soit sa capacité à établir un fait (*proof*); voir notamment Maarten HENKET, « Taking Facts Seriously », dans A. WAGNER *et al.* (dir.), *Interpretation, Law and the Construction of Meaning*, Springer, 2007, p. 109-120.

2. L'étude de la rationalité judiciaire est considérée comme faisant partie intégrante du droit de la preuve. Voir notamment à cet égard William TWINING, « Taking Facts Seriously Again », dans Paul ROBERTS et Mike REDMAYNE (dir.), *Innovations in Evidence and Proof: Integrating Theory, Research and Teaching*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007, p. 77 : « *The logic of proof (or fact analysis) is an integral part of understanding the subject of evidence in law* ».

3. L'instigateur de ce courant étant Richard LEMPET, « The New Evidence Scholarship: Analyzing the Process of Proof », (1986) 66 *Boston U. L. Rev.* 439.

4. Pour ne citer qu'un auteur, à travers une très vaste doctrine au même effet, voir I. H. DENNIS, *The Law of Evidence*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2002, p. 103 : « *Traditionally, evidence textbooks have tended to deal only with the rules of evidence and have had little to say about the analysis of evidence. [...] The question of how factfinders evaluate evidence and reach decisions on disputed issues of fact has*

mais plutôt à l'analyse du raisonnement judiciaire dans l'appréciation d'un élément de preuve et dans la détermination des faits, c'est-à-dire à la démonstration des motifs par lesquels un juge préfère un élément de preuve ou une proposition à une autre, afin de déterminer les faits.

3. Le processus de la preuve, appréhendé sous l'angle de la rationalité judiciaire, renvoie ainsi à l'articulation entre la recherche de la vérité et la poursuite d'autres valeurs, telle que la justice substantive. Une approche directe de l'analyse de la rationalité judiciaire permet ainsi de capter les relations entre les facteurs rationnel, émotif et ceux qui relèvent de l'expérience du juge⁵, afin de proposer différentes figures de logique qui se profilent dans sa réflexion au stade de l'appréciation de la valeur probante des éléments de preuve, de la détermination des faits retenus comme étant prouvés et à celui de la prise de décision.

4. Notre sujet se complexifie davantage lorsqu'on prend le contentieux autochtone comme objet d'étude. Afin d'illustrer les diverses figures de la rationalité judiciaire dans le processus de la preuve, nous avons opté pour l'analyse de données empiriques tirées de la jurisprudence canadienne développée dans le contentieux des droits des peuples autochtones⁶. Ce choix se justifie par la singularité des

been largely ignored by judges and textwriters. Certainly writers generally make the point that [there is no] approved methods for analysing and weighing evidence. This is often coupled with statements to the effect that the law relies instead on factfinders using their common sense and experience in the evaluation of evidence. However, the discussion generally stops at this point, and there is no further theorising about the process of analysis and decision-making. ».

5. William TWINING, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, 2^e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 17; voir de façon générale l'ouvrage de Richard A. POSNER, *How Judges Think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008.

6. Notre sujet se limite à la revendication d'un droit visé par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.) (ci-après la « Loi »); l'expression « contentieux autochtone », utilisée dans le présent article, doit donc être interprétée en conséquence. Le terme « jurisprudence » doit être lu dans le cadre restreint des jugements traités dans le présent article, en l'occurrence, *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, *Delgamuukw c. Colombie Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 et *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S., *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2007 BCSC 1700, *Ahousaht Indian Band v. Canada (AG)*, [2009] B.C.J. n° 2155, 2009 BCSC 1494 et *Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2008 BCSC 447, [2008] 3 C.N.L.R. 158 (confirmée en appel [2009] B.C.J. n° 2556, 2009 BCCA 593; [2010] 1 C.N.L.R. 278).

questions⁷ que soulève ce contentieux au regard du problème du processus de la preuve⁸.

5. La Cour suprême a utilisé, de manière interchangeable, les expressions « histoire orale » et « tradition orale »⁹. Or, la doctrine et la jurisprudence récentes insistent sur la distinction entre ces deux types de communication :

The sources of oral historians are reminiscences, hearsay, or eyewitness accounts about events and situations which are contemporary, that is, which occurred during the lifetime of the informants. This differs from oral traditions in that oral traditions are no longer contemporary. They have passed from mouth to mouth, for a period beyond the lifetime of the informants. [...] As messages are transmitted beyond the generation that gave rise to them they become oral traditions.

We are now ready to define oral traditions as verbal messages which are reported statements from the past beyond the present generation. [T]he message must be oral statements spoken, sung, or called out on musical instruments only. This distinguishes such sources not only from written messages, but also from all other sources except oral history. The definition also makes clear that all oral sources are not oral traditions. There must be transmission by word of mouth over at least a generation.

7. Cet article ne s'intéresse pas aux règles de preuve, notamment les motifs au soutien de l'assouplissement de la règle de la prohibition de la preuve de oui-dire, puisqu'il s'agit là d'une pratique découlant de l'approche contextuelle de la preuve, adoptée par la Cour suprême dans tous les domaines du droit depuis les années 1990. En contentieux autochtone, soulignons toutefois un certain raffinement dans les critères d'admissibilité de la preuve sous forme de récits oraux, tel qu'il appert notamment des jugements *William c. British Columbia*, 2004 BCSC 148, par. 23-29, *Lax Kw'alaams*, *supra*, note 6 et *Ahousaht*, *supra*, note 6.

8. Voir notamment Mary Locke MACAULAY, *Aboriginal and Treaty Rights Practice Guide*, Toronto, Carswell, édition feuilles mobiles, onglet 9; Brian J. GOVER, Mary Locke MACAULAY, « "Snow Houses Leave No Ruins" : Unique Evidence Issues in Aboriginal and Treaty Rights Cases », (1996), 60 *Sask. L. Rev.* 47; Stuart RUSH, « Use of Oral History Evidence in Aboriginal Rights Litigation », dans *The Continuing Legal Education Society of British Columbia, Practice Points*, janvier 2005; Stuart RUSH, « Oral History », dans *The Continuing Legal Education Society of British Columbia*, avril 2008, [En ligne]. <http://www.cle.bc.ca/Practice%20Points/ABOR/Oral%20History%20FINAL.pdf>; Maria MORELLATO (ed.), *Aboriginal Law Since Delgamuukw*, Aurora, Canada Law Book, 2009.

9. Voir notamment la trilogie *Van der Peet*, *Delgamuukw* et *Mitchell*, *supra*, note 6. Par exemple, dans *Delgamuukw*, au par. 92, la Cour suprême englobe dans l'expression « récits oraux » tant les *adaawk* et les *kungax* que les souvenirs personnels des membres des communautés concernées.

*Sources for oral history are therefore not included. On the other hand the definition does not claim that oral traditions must be "about the past" nor that they are just narratives.*¹⁰

6. Essentiellement, l'histoire orale réfère au récit d'une personne qui a participé à l'événement ou qui a une connaissance de ce dernier puisqu'il est survenu de son vivant, alors que la tradition orale renvoie aux comptes-rendus de récits transmis d'une génération à une autre¹¹. La tradition orale s'entend de la conservation de la connaissance par le verbe, que ce soit par le biais de légendes, de contes, d'histoires, de chansons, de récits et d'anecdotes. L'expression « récits oraux », utilisée dans cet article, renvoie indifféremment à ces deux types de récit.

7. L'absence de règles pour apprécier la valeur probante des récits oraux¹² et leur interprétation par le juge en vue de déterminer les faits font de ce contentieux un terrain particulièrement fécond pour l'observateur des logiques qui président au processus décisionnel. En effet, on note, à la lecture de la jurisprudence, que les récits oraux sont tantôt surévalués, tantôt sous-évalués, voire même ignorés lors de la détermination des faits par le juge. Ces variations nous ont amenés à vouloir comprendre la rationalité judiciaire à l'œuvre dans le processus de la preuve en contentieux autochtone.

8. Après avoir fait ressortir la spécificité de la preuve dans le contentieux autochtone (section 1), nous exposons les théories de la preuve et des décisions judiciaires (section 2), pour enfin présenter sommairement les rationalités judiciaires observables dans le processus de la preuve telles qu'elles se

10. *Tsilhqot'in, supra*, note 6, notamment les paragraphes 141 et 142 où le juge des faits reprend les distinctions faites par l'anthropologue Jan Vansina. Voir également, François TRUDEL, « De l'Ethnohistoire et de l'histoire orale à la mémoire sociale chez les Inuits du Nunavut », [En ligne]. <http://www.erudit.org/revue/as/2002/v.26/n2/007052st.pdf>, p.139; Michel BASTARACHE, « La preuve historique dans le contexte d'un procès équitable », Conférence des juristes de l'État, 2009, [En ligne]. <http://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/textesdeconferences/conference2009.php>

11. Pour un exposé de cette distinction, voir *Tsilhqot'in, supra*, note 6, par. 146.

12. L'intérêt de l'étude de la rationalité judiciaire dans le processus de la preuve réside dans le fait qu'elle n'est pas gouvernée par des règles précises, et ce, quel que soit le domaine du droit traité. En contentieux autochtone, voir *Mitchell, supra*, note 6, par. 33 et 36.

manifestent, notamment dans les directives émises à l'attention du juge des faits par la Cour suprême dans la trilogie *Van der Peet-Delgamuukw-Mitchell* et dans quelques jugements récents (section 3).

1. LA SPÉCIFICITÉ DE LA PREUVE DANS LE CONTENTIEUX RELATIF AUX DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES

1.1 LA RECONSTRUCTION DE FAITS HISTORIQUES COMME ENJEU DU CONTENTIEUX AUTOCHTONE

9. La Cour suprême a écrit que le contentieux des droits des peuples autochtones « repose sur l'histoire, les légendes, la politique et les obligations morales »¹³. La haute juridiction exprimait ainsi avec force la singularité du contentieux autochtone et les défis qu'il pose aux tribunaux. Le particularisme du processus de la preuve en contentieux autochtone tient d'abord aux sources et aux conditions d'existence des droits ancestraux ou issus de traités reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁴. Ces droits manifestent, selon la haute juridiction, la préexistence multiséculaire des peuples autochtones sur le territoire, ainsi que la relation unique qui s'est instaurée entre ces derniers et la Couronne depuis les premiers temps de l'entreprise coloniale britannique en Amérique du Nord.

10. Ce contentieux transporte dès lors les protagonistes du débat judiciaire dans les brouillards de l'époque précolombienne et dans les premières années de la rencontre des sociétés autochtones et néo-européennes sur le continent. Puisque les droits ancestraux expriment un rapport identitaire de la communauté contemporaine avec les ancêtres précoloniaux, dont elle prolonge l'héritage dans le temps présent, la Cour suprême du Canada, dans la décision *Van der Peet*¹⁵, a identifié les faits spécifiques qui permettent d'établir l'existence d'un droit ancestral dont l'objet est une pratique ou une

13. *Kruger et al. c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, p. 109.

14. Le paragraphe 35(1) de la Loi édicte ce qui suit : « Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones sont reconnus et confirmés ».

15. *Supra*, note 6.

activité particulière (« droit-activité »). La partie demanderesse doit donc prouver les faits suivants :

- l'existence d'une coutume, pratique ou tradition ayant actuellement cours au sein de la communauté autochtone porteuse de la revendication;
- la continuité raisonnable entre cette coutume, pratique ou tradition actuelle et une coutume, pratique et tradition des ancêtres de la communauté autochtone avant le contact avec les Européens¹⁶;
- que cette coutume, pratique ou tradition ancestrale faisait, avant le contact avec les Européens, partie intégrante de la culture distinctive de la communauté autochtone;
- que la coutume, pratique ou tradition actuelle fait partie intégrante de la culture du groupe autochtone contemporain porteur de la revendication¹⁷.

11. Si la revendication autochtone porte sur un titre foncier, c'est-à-dire le « titre aborigène », qui confère une maîtrise exclusive de la terre, il est établi depuis la décision *Delgamuukw*¹⁸ que les faits suivants doivent être démontrés de manière prépondérante :

- les ancêtres du peuple autochtone actuel occupaient, avant l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, le territoire aujourd'hui revendiqué¹⁹;
- si l'occupation actuelle est invoquée comme preuve de l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté, le peuple autochtone doit prouver qu'il existe une continuité entre l'occupation actuelle et l'occupation ancestrale antérieure à l'affirmation de la souveraineté²⁰;

16. Les pratiques qui sont apparues au moment du contact avec les Européens sont ainsi écartées. Voir *R. c. Sappier, R. c. Gray*, 2006 CSC 54, par. 46-49.

17. Voir une application récente dans *Lax Kw'alaams*, *supra*, note 6, par. 124.

18. *Supra*, note 6.

19. La condition essentielle de l'existence du titre aborigène réside dans l'occupation physique du territoire; voir *Delgamuukw*, *supra*, note 6, par. 139, 147-149 et 199.

20. *Delgamuukw*, *supra*, note 6, par. 153. L'exigence de continuité apparaît dans l'obligation de prouver que l'occupation actuelle origine de l'occupation exclusive du territoire au moment de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne.

- au moment de l'affirmation de la souveraineté, l'occupation du territoire par les ancêtres du peuple autochtone actuel était régulière, suffisamment intensive et exclusive²¹.

12. Lorsque le contentieux a pour objet une revendication de droits issus d'un traité ancien, c'est-à-dire un traité conclu entre l'arrivée de la Couronne britannique au Canada et le début du xx^e siècle, le débat judiciaire portera principalement sur l'intention des parties quant à l'existence et au contenu de l'accord à la lumière du contexte juridique, politique, culturel et économique de l'époque.

13. Cette approche contextuelle et téléologique retenue par la Cour suprême a pour conséquence que le juge ne devra pas nécessairement s'en tenir au document pour déterminer la nature juridique et le contenu de l'entente intervenue entre les Autochtones et la Couronne. En effet, il se peut que les circonstances ayant mené à la conclusion du traité indiquent que ce dernier n'est pas entièrement ou fidèlement consigné dans l'écrit. La Cour suprême parle alors d'un « traité qui n'a été que partiellement couché par écrit »²². Elle a donc incorporé, à cette preuve écrite, des promesses verbales faites aux Autochtones lors des négociations et qui n'apparaissaient pas dans le document rédigé par les représentants de la Couronne²³.

14. Pareille démarche nécessite le recours à une abondante preuve historique « extrinsèque »²⁴. Ainsi, pour établir la compréhension que les parties, en particulier les Autochtones, avaient des termes du traité, on devra tenir compte du mode de vie des Autochtones et de leur degré d'acculturation au moment de la signature. Il s'ensuit que les droits issus de traités pourront varier selon la réalité historique, politique et culturelle propre à chaque peuple autochtone²⁵. Ainsi, pour interpréter un droit de chasse ou de pêche, on devra étudier les méthodes habituelles des Autochtones au temps du

21. Pour une application récente, voir *Tsilhqot'in*, *supra*, note 6.

22. *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, (ci-après « *Marshall I* »), par. 10.

23. *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Marshall I*, *supra*, note 22 et *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533 (ci-après « *Marshall II* »).

24. *Marshall I*, *supra*, note 22, par. 9-14; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, par. 112.

25. *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, par. 25.

traité²⁶. Pour cerner la portée d'un droit de commerce, on tentera de faire la lumière sur les activités qui faisaient partie des pratiques commerciales autochtones à l'époque contemporaine au traité²⁷. Pour délimiter la portée territoriale des droits relatifs aux ressources, on tiendra compte des territoires fréquentés par les Autochtones à l'époque du traité²⁸.

15. Les droits ancestraux et issus de traités tirent dès lors leur source de la spécificité culturelle autochtone, de même que de l'utilisation, de l'occupation et de la possession du territoire par les sociétés autochtones, qui remontent à un passé souvent très lointain. Les éléments des tests élaborés par la jurisprudence nous permettent ainsi d'apprécier la dimension historique et l'importance de l'altérité culturelle qui distinguent le contentieux autochtone puisqu'il a pour objet de reconstruire les faits historiques et culturels d'un peuple²⁹.

16. À cette dimension historique et culturelle s'ajoute une approche politique qui tient à la finalité de « réconciliation », comme justice substantive, imputée par la Cour suprême à la reconnaissance constitutionnelle des droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones³⁰. La réconciliation entre les peuples autochtones et la société néo-européenne comporte un caractère réparateur, puisqu'il s'agit d'assurer la jouissance effective des droits reconnus, mais aussi un aspect distributif dès lors que le partage de la légitimité historique du territoire et du pouvoir entre Autochtones et non-Autochtones s'avère inéluctable après des siècles de souveraineté étatique et d'une cohabitation désormais irréversible. Cette vocation à réaliser un arbitrage politique entre les premiers peuples et la société majoritaire ressort notamment des facteurs de limitation des

26. *Id.*, note 25; *R. c. Morris*, [2006] 2 R.C.S. 915, 2006 CSC 59, [2007] 1 C.N.L.R. 303, par. 11, 26, 29 et 34.

27. *Marshall I*, *supra*, note 22, par. 38 et *Marshall II*, *supra*, note 23, par. 19.

28. *Marshall II*, *supra*, note 23 et *Sioui*, *supra*, note 24.

29. Shim IMAI, « The Adjudication of Historical Evidence : A Comment and an Elaboration on a Proposal by Justice LeBel », (2006) *U.N.B.L.J.* 146, p. 158-159.

30. *Nation Haida c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 49; *Première Nation Cris Mikisew c. Canada*, [2005] 3 R.C.S. 388, par. 1 : « L'objectif fondamental du droit moderne relatif aux droits ancestraux et issus de traités est la réconciliation entre les peuples autochtones et non autochtones et la conciliation de leurs revendications, intérêts et ambitions respectifs ». Voir également Ghislain OTIS « Le titre aborigène : émergence d'une figure nouvelle et durable du foncier autochtone? », (2005) 46 *C. de D.* 795-845.

droits autochtones mis de l'avant par la Cour suprême pour la préservation des piliers juridiques et économiques de l'ordre établi³¹, de même qu'elle influe sur le processus de la preuve³².

1.2 L'ALTÉRITÉ CULTURELLE AU COEUR DU CONTENTIEUX AUTOCHTONE : LES RÉCITS ORAUX

17. Si l'altérité culturelle autochtone joue un rôle central dans la définition des droits des peuples autochtones aux fins du paragraphe 35(1) de la Loi, elle s'avère aussi un enjeu clé du processus de la preuve dans le contentieux autochtone en raison de la culture orale de ces peuples qui forge la construction ou la représentation de leur histoire.

18. La culture autochtone a conservé une tradition orale vive qui véhicule la perspective autochtone quant à son histoire, son mode de vie et son identité. La Commission royale sur les peuples autochtones a d'ailleurs rappelé que « la tradition historique autochtone est une tradition orale, c'est-à-dire que les légendes, histoires et récits mythiques sont transmis de vive voix aux générations subséquentes »³³. Par ailleurs, les traditions orales n'ont pas nécessairement pour but de véhiculer une vérité objective sur ce qui a pu se dérouler dans le passé; elles visent davantage à « renseigner, communiquer certains aspects de la culture, à la population en lui donnant une tradition culturelle, ou à valider l'autorité et le prestige que revendique une famille »³⁴. Aussi, il a été reconnu que la

31. *Van der Peet*, supra, note 6; *Delgamuukw*, supra, note 6; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Marshall II*, supra, note 23.

32. Frank CASSIDY, *Aboriginal Title in British-Columbia : Delgamuukw v. The Queen*, Lantzville, Oolichon Books, 1992, p. 75 : « *The more political a case, the less important, in themselves, will the facts and events that established points of law likely be; [...]* ».

33. COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1996, p. 35.

34. *Delgamuukw*, supra, note 6, par. 85.

tradition orale peut être modifiée d'un conteur à l'autre sans pour autant en changer sa validité³⁵.

19. Ces narrations ne sont donc pas « de simples comptes rendus factuels, mais des “faits auxquels viennent se greffer les histoires de toute une vie” ». Les récits oraux tirent donc leur importance du fait qu'ils font des Autochtones ce qu'ils sont :

Cette histoire orale joue un rôle important à l'intérieur d'une nation indienne pour que celle-ci puisse connaître son passé, sa place dans le cours de l'histoire, ses traditions, ses coutumes et son mode de vie, sa croissance, ses relations et affiliations avec autrui, son identité et aussi établir l'orientation de son évolution future.³⁶

20. On ne s'étonnera donc pas que les Autochtones souhaitent s'appuyer sur les récits oraux pour faire la preuve des faits historiques et culturels au soutien de leurs prétentions³⁷. Ces récits diffèrent d'une nation à une autre, prennent différentes formes et sont utilisés en preuve pour démontrer des faits comme, par exemple, la présence autochtone sur un territoire défini.

21. En guise d'exemple, mentionnons que dans *Delgamuukw*³⁸, la Cour suprême a relevé trois types de récits oraux qui composaient la preuve de la partie autochtone : les contes et les légendes (la « tradition orale » ou le folklore), les souvenirs

35. *Tsilhqot'in*, *supra*, note 6, par. 147-150 : « *The oral traditions demonstrate how Tsilhqot'in people “establish what in the past, believed to be real, was relevant to the present”. [...] It is the product of a continuing reflection about the past, the goal of which was not to find “what really happened” [...]* ».

36. *Hwlitsum First Nation c. Canada (Minister of Fisheries & Oceans)*, (2001) CarswellNat 1848 (T.D.), 2001 FCT 936, par. 3; *Mitchell*, *supra*, note 6, par. 34 : « Les récits oraux reflètent les perspectives et les cultures distinctives des communautés dont ils sont issus et ne devraient pas être écartés pour le simple motif qu'ils ne sont pas conformes aux attentes d'un point de vue non autochtone ». Stuart RUSH, *supra*, note 8 : « *Oral history is the way history is recorded, from the Aboriginal perspective* ».

37. Les faits seront également établis notamment au moyen du témoignage d'experts provenant de divers domaines scientifiques, dont des historiens, des archéologues, des anthropologues, des socio-économistes, des géographes, des ethnologues, des biologistes, des botanistes, des linguistes et des généalogistes et de preuves matérielles notamment des cartes, des photos, des artefacts et des enregistrements, pour ne citer que ces exemples. Voir la catégorisation de la preuve dans le jugement de première instance dans *Lax Kw'alaams*, *supra*, note 6, par. 14.

38. *Supra*, note 6.

personnels des membres de la communauté (l'« histoire orale »)³⁹ et les affidavits territoriaux déposés par les chefs des maisons⁴⁰. Les récits formels relevant de la tradition orale⁴¹ étaient utilisés pour démontrer l'importance du territoire dans la culture autochtone, son utilisation et son occupation par les ancêtres. Ces récits oraux avaient la particularité d'être appuyés par une preuve matérielle car ils étaient « exprimés physiquement dans les mats totémiques, les emblèmes et les couvertures »⁴². Les affidavits territoriaux des chefs de famille furent utilisés pour prouver l'organisation des maisons et les systèmes de tenure permettant ainsi de démontrer l'occupation du territoire. Enfin, la partie autochtone avait également produit des témoins qui sont venus raconter leurs histoires personnelles et familiales relatives à l'utilisation du territoire par leurs ancêtres.

22. Dans *R. c. Sappier; R. c. Gray*⁴³, la preuve de la partie autochtone reposait essentiellement sur le témoignage d'un membre de la communauté, reconnu comme « expert » en histoire orale par le juge des faits⁴⁴, qui a raconté les expéditions de chasse qu'il faisait avec son grand-père et à l'occasion desquelles ils construisaient des abris pour se protéger contre les éléments de la nature. Lors de sa déposition, le témoin a rapporté les propos de son grand-père quant à l'usage qui était fait du bois par les ancêtres. Ce témoignage au soutien d'une prétention à l'existence d'un droit ancestral de récolter

39. Ces derniers ont été utilisés pour satisfaire aux critères d'utilisation des terres et de continuité. La Cour suprême souligne d'ailleurs, au par. 101, que : « [...] même si (après le prononcé du présent arrêt) les récits oraux ne permettent pas d'établir de façon concluante l'occupation du territoire avant l'affirmation de la souveraineté, ils peuvent néanmoins être pertinents pour démontrer que les origines de l'occupation actuelle remontent avant l'affirmation de la souveraineté ».

40. *Id.*, par. 93. Voir S. RUSH, *supra*, note 8, p. 7.

41. *Id.*, Les *adaawk* et les *kungax* sont des narrations qui sont répétées, représentées et authentifiées lors de célébrations importantes et qui rapportent les événements importants, les migrations, les origines, les traditions, les lois et les systèmes de tenure respectivement, en l'espèce, des Gitksan et des Wet'suwet'en.

42. *Id.*

43. *Supra*, note 16.

44. Rapporté dans *R. c. Sappier et Polchies*, 2003 NBPC 2; [2003] 2 CNLR 294, par. 18.

du bois à des fins « domestiques », notamment pour la construction de maisons, avait pour but d'établir le fait que les Malécites prélevaient et utilisaient le bois depuis des temps immémoriaux⁴⁵.

23. La Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans *Tsilhqot'in*⁴⁶ a identifié, pour sa part, trois catégories de récits oraux, qualifiés du point de vue de leur thématique⁴⁷: (1) l'histoire de la Création qui tient de la légende ou d'histoires traditionnelles où figurent certains animaux avec lesquels la communauté entretient une relation fondatrice, voire sacrée, et l'importance de certains sites spécifiques; (2) l'histoire à caractère généalogique et (3) des histoires de pratiques, d'événements, de coutumes ou de traditions du passé, en d'autres mots des souvenirs du mode de vie autochtone.

24. Dans cette affaire, des témoins autochtones ont relaté ce qu'ils avaient appris du mode de vie de leurs ancêtres et de la généalogie, tels que rapportés notamment par des personnes décédées⁴⁸. D'autres témoins ont raconté leurs versions des légendes⁴⁹ et des comptes-rendus d'événements survenus dans un passé lointain relativement aux raids et aux guerres entre communautés⁵⁰, tels qu'ils sont partagés par les membres de la communauté concernée⁵¹.

25. Il importe de souligner que par son témoignage, un témoin autochtone ne rapporte pas nécessairement des faits, puisqu'il n'a évidemment pas été témoin d'événements qui se seraient déroulés au XVII^e siècle et qui fondent la revendication d'un droit. Il ne peut que raconter ce qu'il croit être survenu puisqu'il n'a effectivement pas accès à la réalité des événements qui se seraient déroulés. Un témoin ne révèle alors pas des faits, mais parfois une version, son opinion ou

45. *Id.*, par. 22.

46. *Supra*, note 6.

47. *Id.*, par. 21.

48. *Id.*, par. 163.

49. *Id.*, par. 164, 170, 174.

50. *Id.*, par. 165.

51. *Id.*, par. 146.

une interprétation de ce qui a pu lui être rapporté⁵². De plus, il peut s'avérer difficile de contre-interroger un témoin sur ce qui peut relever d'un mythe, d'un rêve ou d'une légende.

26. Peut-on alors parler de « vérité » historique pour décrire la finalité et le résultat du processus de la preuve? Le contentieux autochtone nous ramène ainsi aux questions fondamentales du droit de la preuve et en particulier à celle de la recherche des principes permettant de rendre compte du processus de la preuve.

2. LES FINALITÉS DU PROCESSUS DE LA PREUVE

27. La rationalité judiciaire dans le processus de la preuve a longtemps été délaissée puisqu'il était acquis, sans autre explication ni précision, qu'elle n'émane pas d'un raisonnement *mathématique ou scientifique*⁵³, mais plutôt du bon sens du juge⁵⁴. Ce n'est qu'au début des années 1980 que les

52. Voir *R. c. Bernard*, [2003] N.B.J. n° 320, 2003 NBCA 55, [2003] 4 C.N.L.R. 48, par. 119 à 122 relatifs à l'appréciation du témoignage du chef Augustine, lequel avait raconté la tradition orale entourant la confection d'un wampum. Il s'est avéré, contrairement au témoignage du chef Augustine, que ce wampum n'avait pas été confectionné ni par son peuple, ni à l'époque qu'il affirmait. Le juge des faits n'a évidemment accordé aucune valeur probante à ce témoignage, alors que la Cour d'appel a estimé que ces contradictions dans la preuve n'affectaient pas la valeur probante des récits oraux, même si le témoin rapportait ce qu'il croyait être la tradition orale de son peuple.

53. Dans *Rousseau c. Bennett et Netbrown*, [1956] R.C.S. 89, à la page 93, le juge Taschereau résume en ces termes le rôle du juge dans une cause civile : « Les tribunaux doivent souvent agir en pesant les probabilités. [...] [R]ien ne peut être mathématiquement prouvé »; voir également Andrew LIGERTWOOD, « Evidence and the Practical Process of Proof », dans Paul ROBERTS et Mike REDMAYNE, *Innovations in Evidence and Proof*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007, p. 248.

54. Marilyn MACCRIMMON, « What Is "Common" About Common Sense? Cautionary Tales for Travelers Crossing Disciplinary Boundaries », (2000-2001) 22 *Cardozo L. Rev.* 1433-1460, p. 1433-1434; Marilyn MACCRIMMON, « Fact Determination : Common Sense Knowledge, Judicial Notice, and Social Science Evidence », (1998) *International Commentary On Evidence*, Vol. 1, Issue 1, Article 2, [En Ligne]. <http://www.bepress.com/ice/vol1/iss1/art2> : « *The assessment of the weight of evidence is [...] a matter of common sense [...]* »; Ronald J. ALLEN, « Common Sense, Rationality and the Legal Process », (2001) 22 *Cardozo L. Rev.* 1417; William TWINING, *supra*, note 5, p. 273; I.H. DENNIS, *supra*, note 4. Voir la décision récente de la Cour suprême du Canada dans *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, dans laquelle le plus haut tribunal du pays rappelle que l'appréciation de la preuve relève du bon sens. En contentieux autochtone, voir *Mitchell*, *supra*, note 6, par. 33, 36 et 38; S. RUSH, *supra*, note 8.

chercheurs se sont intéressés au « fait » lui-même, à sa construction par chacune des parties et à sa détermination par le juge. C'est alors que les théories de la preuve développées aux XIX^e et XX^e siècles, notamment par Bentham⁵⁵, Wigmore⁵⁶ et Thayer⁵⁷, ont été revisitées. Le mouvement du *New Evidence Scholarship* a ainsi avancé un nouveau paradigme : de l'étude systématique des règles de preuve, on passe à l'analyse de la construction des faits et à la rationalité judiciaire dans le processus de la preuve, en l'occurrence à l'influence des théories des probabilités, de la logique inférentielle et de la psychologie⁵⁸, qui imprègnent ce que nous pourrions appeler la genèse de la preuve, du « fait ».

28. L'étude de la preuve prend alors une dimension multidisciplinaire. C'est ainsi que des statisticiens⁵⁹, des psychologues⁶⁰,

55. La théorie de Bentham milite en faveur de la preuve libre afin d'assurer que le processus de la preuve favorise la découverte d'une vérité objective. Voir William TWINING, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, Stanford, Stanford University Press, 1985; Douglas N. WALTON, *Legal Argumentation and Evidence*, University Park, Pennsylvania State University Press, 2002, p. 352.

56. Wigmore estime que la preuve est un processus inductif et non pas déductif. Voir Terence ANDERSON, William TWINING, David SCHUM, *Analysis of Evidence*, 2^e éd., New York, Cambridge University Press, 2006, p. 87; Peter TILLERS, « Introduction of William Twining », (2008) 38 *Seton Hall Law Review* 870-878, p. 876.

57. Pour ce théoricien, le système de preuve est essentiellement issu d'un raisonnement naturel et de l'intuition du juge. Il est davantage cité par la jurisprudence canadienne en droit criminel, de préférence à Wigmore; voir à cet égard C. BOYLE, M. MACCRIMMON, D. MARTIN, *supra*, note 1, p. 9-49. Voir toutefois le tableau apparaissant dans l'ouvrage de Casey S. HILL, Peter K. MCWILLIAMS, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, 4^e éd., Aurora, Canada Law Book, 2003, p. 2-7, dans lequel Wigmore est cité le plus souvent dans les arguments de la Cour suprême en matière criminelle.

58. John D. JACKSON, « Analysing the New Evidence Scholarship: Towards a New Conception of the Law of Evidence », (1996) *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, n^o 2, 309-323; Roger C. PARK, Michael J. SAKS, « Interdisciplinary Trend in Evidence Scholarship », [En ligne]. <http://law.bepress.com/expresso/eps/671>, août 2005; W. TWINING, *supra*, note 5, p. 245 et suiv.; John D. JACKSON, « Taking Comparative Evidence Seriously », dans Paul ROBERTS, Mike REDMAYNE (dir.), *Innovations in Evidence and Proof: Integrating Theory, Research and Teaching*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007, p. 291.

59. Hendrik KAPTEIN, Henry PAKKEN, Bart VERHEIJ (dir.), *Legal Evidence and Proof — Statistics, Stories, Logic*, Farnham/Burlington, Ashgate, 2009.

60. Floris BEX, « Analysing Stories Using Schemes », dans H. KAPTEIN, H. Pakken, B. VERHEIJ (dir.), *Legal Evidence and Proof — Statistics, Stories, Logic*, *supra*, note 59. Voir également le résumé de l'approche psychologique de la preuve dans Richard LEMPert, « Telling Tales in Court: Trial Procedure and the Story Model », (1992) 13 *Cardozo L. Rev.* 559, p. 560 et suiv.

des philosophes⁶¹ et des juristes⁶² proposent diverses théories⁶³ et examinent les modes de raisonnement qui se déploient dans le processus de la preuve. Les débats s'amorcent alors : les rationalistes⁶⁴ (les wigmoriens) soutiennent que le raisonnement doit se conformer à une méthode stricte et systématique sous l'égide des modes formels de raisonnement puisque la décision doit s'appuyer sur les faits pertinents émanant d'une analyse rationnelle des éléments de preuve et des inférences exactes que l'on peut en tirer, en vue de trancher le litige par une décision rationnelle dans la recherche d'une vérité objective⁶⁵.

29. D'autres (les anti-wigmoriens) estiment que la rationalité judiciaire en est une qui relève davantage de la logique abductive, de l'émotion, de l'irrationnel et de la subjectivité, qui s'inscrit dans la recherche d'une décision raisonnable, davantage soucieuse de ses conséquences et permettant d'apporter une solution au conflit en vue de rétablir l'harmonie et l'équilibre⁶⁶. Il ne s'agit alors pas simplement de découvrir une vérité objective sur ce qui a pu vraisemblablement se dérouler dans le passé, mais de mesurer les conséquences de la décision. Comme l'écrit le professeur Paul

61. Michael S. PARDO, « The Field of Evidence and the Field of Knowledge », (2005) 24 *Law and Philosophy*, p. 321-392; Eric LANDOWSKI, « Vérité et vérédiction en droit », (1988) 8 *Droit et Société*, p. 47-63; Amana AMAYA, « Justification, Coherence, and Epistemic Responsibility in Legal Fact-Finding », (2008), vol. 5(3), *Episteme: A Journal of Social Epistemology*; H.L. HO, *A Philosophy of Evidence Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

62. W. TWINING, *supra*, note 5; I. H. DENNIS, *supra*, note 4; Peter MURPHY, *Evidence, Proof and Facts*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 72.

63. Voir le résumé des théories de la preuve dans Roger C. PARK, Michael J. SAKS, « Evidence Scholarship Reconsidered : Results of the Interdisciplinary Turn », (2006) 47 *B.C.L.R.* p. 949-1031.

64. W. TWINING, *supra*, note 2, p. 75. En portant son attention sur la décision rationnelle, le professeur Twining évite ainsi l'approche dogmatique inhérente aux concepts de vérité, de raison, de justice et d'intérêt public. Voir également W. TWINING, *supra*, note 5; William TWINING, « Theories — The Rationalist Tradition », dans Peter MURPHY, *supra*, note 62; William TWINING, Alex STEIN, *Evidence and Proof*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 78-83; W. TWINING, *supra*, note 55, p. 15-16.

65. W. TWINING, *supra*, note 5, p. 65-86.

66. R.A. POSNER, *supra*, note 5, p. 10; I.H. DENNIS, *supra*, note 4, p. 48-49.

Roberts, l'étude du droit de la preuve doit notamment être située dans un contexte : « [T]he theoretical context includes questions about [...] principles of political morality [...] »⁶⁷.

30. L'étude de la rationalité judiciaire nous porte ainsi à considérer les finalités du processus de la preuve. Ce dernier peut être conçu comme une démonstration de la réalité dont la recherche d'une vérité objective est la préoccupation centrale. Il peut également être considéré comme un processus de persuasion dans lequel d'autres valeurs que la vérité viendront teinter l'appréciation des éléments de preuve et la détermination des faits afin que la décision soit acceptée par le milieu. La preuve s'inscrit alors dans le cadre plus général qu'est l'argumentation en faveur de la meilleure solution à apporter afin de mettre un terme au conflit dans un souci d'opérationnaliser la justice substantive. La rationalité judiciaire dans le processus de la preuve poursuit alors deux finalités : la recherche d'une vérité objective ou la recherche de la solution la plus appropriée pour rétablir l'harmonie et l'équilibre.

31. Dans un système de preuve légale comme le nôtre, nous sommes habituellement portés vers l'étude des règles de droit qui régissent le processus de démonstration de l'existence de faits en vue de convaincre un juge et dès lors obtenir la sanction d'un droit méconnu ou nié par la partie adverse. Le processus de la preuve ne s'effectue toutefois pas simplement en appliquant des règles; il se fait au travers d'un raisonnement dont la validité est conditionnée, certes par le respect de règles — dont certaines ne tendent pas toujours à établir la vérité, mais plutôt à protéger d'autres valeurs, notamment le secret professionnel —, mais aussi par l'objectif visé par le droit substantif et par le devoir du juge de mettre fin au litige, notamment par une

67. Paul ROBERTS, « Rethinking the Law of Evidence : A Twenty-First Century Agenda for Teaching and Research », dans P. ROBERTS, M. REDMAYNE, *Innovation in Evidence and Proof: Integrating Theory, Research and Teaching*, *supra*, note 58, p. 19.

solution acceptable par le milieu⁶⁸, et ce, parfois, au sacrifice de l'idée de vérité⁶⁹.

32. Si le droit de la preuve est habituellement considéré comme un ensemble de règles édictées dans le but de découvrir une vérité dite objective⁷⁰, ses règles feront parfois l'objet d'adaptations au contexte culturel et social dans lequel évolue le procès afin d'obtenir « une meilleure justice »⁷¹. Or, « découvrir la vérité » et « rechercher la vérité en vue de faire justice » ne sont pas des expressions équivalentes⁷². Les règles de preuve varient « sous l'influence de facteurs d'ordre moral, social, technique, économique, philosophique et politique »⁷³; ces modifications n'ont pas toujours pour objet d'améliorer le processus de recherche de vérité en vue de rendre une décision rationnelle, mais visent parfois l'équité procédurale ou à atteindre un autre objectif, en l'occurrence la justice substantive, en rendant une décision raisonnable socialement acceptable⁷⁴.

68. Xavier LAGARDE, « Réflexion critique sur le droit de la preuve », Collection de droit privé, Montchrestien, L.G.D.J., 1994; cet auteur estime que le droit de la preuve est davantage influencé par le souci des autorités judiciaires de légitimer leurs décisions; Robert P. BURNS, *A Theory of the Trial*, Princeton, Princeton University Press, 2001, p. 235.

69. C. BOYLE, M.T. MACCRIMMON, D. Martin, *supra*, note 1, p. xxiv; Lisa DUFRAIMONT, « Evidence Law and the Jury: A Reassessment », (2008) 53 *R. D. McGill* 199, p. 203 : « *The legal system erects side constraints on truth finding and contemplates that the search for truth may be sacrificed in any given case for the protection of other policies* ».

70. *R. c. Levogiannis*, (1993), 85 C.C.C. (3d) 327, p. 333; *R. c. Nikolovski*, (1996), 111 C.C.C. (3d) 404, p. 409; *R. c. G (B)*, (1999) 135 C.C.C. (3d) 303, p. 321; *R. c. Starr*, (2000) 147 C.C.C. (3d) 449, p. 471. Danielle PINARD, « La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac », (1994) 39 *R. D. McGill* 401, p. 408. Bien sûr, il s'agit d'une vérité relative qui obéit aux règles édictées; voir à cet égard Jean-Claude ROYER et Sophie LAVAL-LÉE, *La preuve civile*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, par. 2.

71. *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, par. 3; *R. c. Stinchcombe*, [1995] 11 R.C.S. 754; C. BOYLE, M.T. MACCRIMMON, D. MARTIN, *supra*, note 1, p. xxiv.

72. Jean-Claude HÉBERT, « La vérité entière et rien d'autre : une fin en soi? », *Journal du Barreau*, vol. 37, n^o 6, 1^{er} avril 2005, p. 3.

73. J.-C. ROYER, S. LAVALLÉE, *supra*, note 70, par. 4.

74. J.-C. HÉBERT, *supra*, note 72, p. 3; D. PINARD, *supra*, note 70, p. 3.

2.1 LA DÉCISION RATIONNELLE

33. Prouver, au sens courant du mot, c'est faire apparaître quelque chose comme objectivement « vrai » et certain. En droit, ce terme désigne l'établissement de faits probables⁷⁵, ou « l'exactitude d'une proposition »⁷⁶, en présentant des informations et des interprétations sur ce qui a pu vraisemblablement se dérouler dans le passé, de manière à convaincre un tiers⁷⁷.

34. Dans le domaine des sciences de la nature, l'existence d'un phénomène s'établit par la démonstration, laquelle se fonde sur l'observation et, éventuellement, la répétition suscitée à la fois à titre expérimental et confirmatif. En contentieux judiciaire, puisque le litige porte sur des événements qui se sont prétendument déroulés dans le passé et qu'il est impossible de les reproduire ou de les observer, il s'agit de procéder à une reconstruction d'un probable et d'un vraisemblable, à l'aide d'informations recueillies, d'interprétations que les personnes en font et de moyens définis par la procédure tels que les dépositions des témoins, les écrits, la présentation d'éléments matériels, les présomptions et la connaissance d'office du juge, dont la réunion permettra au juge de reconstruire les faits.

35. Dans une conception traditionnelle et orthodoxe, le droit de la preuve porte alors sur la manière de présenter la preuve, par une personne qui effectue une mise en discours de ce qu'elle prétend être les « faits » passés, qui dépose devant la cour et qui est sujet à un contre-interrogatoire. Ce terme réfère également aux qualifications des témoins et aux moyens de les interroger, aux faits édictés par le droit substantif et aux éléments de preuve nécessaires à la démonstration de leur existence par l'une et l'autre des parties.

36. Théoriquement, la preuve peut alors être définie comme une « démonstration utilisant des signes et des représentations afin d'obtenir la connaissance de faits »⁷⁸ ou « à

75. Raymond MOUGENOT, *La preuve*, Bruxelles, F. Larcier, 1990, p. 54.

76. J.-C. ROYER, S. LAVALLÉE, *supra*, note 70, par. 2.

77. R. MOUGENOT, *supra*, note 75, p. 54.

78. Denis R. KLINCK, « Evidence as Rhetoric: A Semiotic Perspective », (1994) 26 *R. D. Ottawa* 125. Voir également Léo DUCHARME, *L'administration de la preuve*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001, p. 1.

convaincre de la réalité d'une situation »⁷⁹ ou la « démonstration de l'exactitude d'une proposition »⁸⁰. Toutefois, la preuve judiciaire évolue dans la procédure. Elle valide les allégations des parties qui tentent de démontrer l'existence vraisemblable de faits sur lesquels le droit substantif sera appliqué⁸¹. Techniquement, le droit de la preuve peut alors s'entendre comme un ensemble de règles régissant l'admissibilité et la force probante des éléments de preuve produits lors d'un procès; il s'intéresse alors à un ensemble de règles régissant la démonstration de l'existence d'un fait devant le tribunal.

37. Le droit de la preuve renvoie également à la connaissance par la procédure judiciaire, ce qui implique une chose avancée dans une cour de justice, qui devra être évaluée par un juge⁸². Traditionnellement, le rôle du juge est de trancher un litige « en appliquant le droit aux faits allégués par les parties, dans la mesure où ils sont établis »⁸³ ou dans la limite des faits qu'il aura retenus comme étant prouvés. Suivant la doctrine, l'objectif de la démonstration des parties est d'établir les faits sur lesquels reposent leurs prétentions, de manière à ce que le droit substantif soit ensuite appliqué à cette trame factuelle qui permettra alors au juge de dire le droit par l'application d'un syllogisme⁸⁴.

38. Ainsi, le processus de la preuve a pour objectif de découvrir, par une démonstration rationnelle et technique, ce qui a pu vraisemblablement se passer. La vérité judiciaire qui émanera des conclusions rationnelles des faits, tirées par le juge, est quelquefois qualifiée de « vérité de second rang »

79. Henri LEVY-BRUHL, *La preuve judiciaire*, Paris, Édition Marcel Rivière, 1965, p. 15.

80. J.-C. ROYER, S. LAVALLÉE, *supra*, note 70, par. 2.

81. Jean-Louis BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, p. 357.

82. P. MURPHY, *supra*, note 62, p. 32 : « *The law of evidence has to do with the furnishing to a court of matter of fact, for use in a judicial investigation* ».

83. J.-L. BERGEL, *supra*, note 81, p. 354.

84. W. TWINING, *supra*, note 2, p. 78 : « *Inferential reasoning is a principle of proof. [...] What Wigmore called "the logic of Proof" involves applying general principles of inferential logic in legal contexts* »; R.A. POSNER, *supra*, note 5, p. 41 : « *Legalism, considered as a positive theory of judicial behaviour (it is more commonly a normative theory), hypothesizes that judicial decisions are determined by "the law", conceived as a body of pre-existing rules found stated in canonical legal materials [...] or derivable from those materials by logical operations. [...] The ideal legalist decision is the product of a syllogism in which a rule of law supplies the major premise, the facts of the case supply the minor one, and the decision is the conclusion* ».

puisqu'elle est issue d'un processus gouverné par des règles qui n'ont pas pour unique but de découvrir une vérité objective⁸⁵. En effet, la pratique nous amène à considérer la preuve sous l'angle de l'argumentation, de la persuasion, du subjectivisme, de l'irrationnel et du sensitif en appréhendant le processus de preuve comme un moyen d'éditer des faits en considérant les intérêts respectifs des parties⁸⁶, les valeurs de la société à un moment donné et les conséquences de la décision⁸⁷.

2.2 LA DÉCISION RAISONNABLE

39. En pratique, lorsque le processus de preuve évolue dans l'enceinte d'une cour de justice, on note qu'il n'a pas simplement pour objet de distinguer le vrai du faux quant à ce qui a pu vraisemblablement se dérouler dans le passé⁸⁸. Certaines règles de preuve, notamment la pertinence, le secret professionnel ou la prohibition du oui-dire réglementent, tout en limitant, la connaissance que le juge peut avoir sur des « faits » passés. De plus, dans notre système accusatoire et contradictoire, chaque partie présente des prétentions basées sur des informations qu'elles auront pris soin de choisir et d'interpréter en vue d'amener le juge à adhérer à leur thèse respective⁸⁹. Le coût du procès, l'effectivité procédurale, la dignité, l'équité et les garanties procédurales sont également des valeurs importantes qui influent sur le processus de la preuve et qui nous éloignent de la recherche traditionnelle de la « vérité objective ».

40. Considérée sous l'angle de la pratique, la preuve réfère à un argument, à un discours à l'intérieur de la procédure judiciaire impliquant les propositions présentées par les parties et leur interprétation respective des informations qu'elles soumettent au juge, de même qu'au raisonnement de ce

85. Allan M. DERSHOWITZ, *Reasonable Doubts*, New York, Simon & Schuster, 1996, p. 42-43 cité par C.S. HILL, P.K. MCWILLIAM, *supra*, note 57, p. 2.

86. Doreen J. MCBARNET, *Conviction : Law, the State and the Construction of Justice*, London, Macmillan, 1981, p. 17.

87. R.A. POSNER, *supra*, note 5, chapitre 9, p. 231 : « *Is Pragmatic Adjudication Inescapable?* ».

88. J.-C. HÉBERT, *supra*, note 72, p. 2.

89. J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, *supra*, note 70, par. 17.

dernier⁹⁰, dans le cadre d'un système accusatoire et contradictoire⁹¹. La preuve s'insère dans un processus de persuasion en vue d'amener le juge à adhérer à une thèse qu'il estime la plus plausible et la plus acceptable afin d'apporter une solution à un conflit⁹².

41. La raison pratique, contrairement à la raison théorique, est prescriptive en ce qu'elle indique ce qui doit ou devrait être moralement, juridiquement et politiquement. Elle vise à déterminer le réel tel qu'il doit être, c'est-à-dire la façon dont il faut agir pour que, de nos actes, se dégage une réalité que nous avons des meilleures raisons de vouloir plutôt que d'autres. Dans la pratique judiciaire, la nature politique du litige, les valeurs du juge et de la société, les généralisations, les préjugés, les croyances, les cultures et les statuts sociaux des acteurs au prétoire sont tous des éléments qui influent sur la rationalité judiciaire et qui imprègnent le processus de la preuve⁹³. Dans une perspective pragmatique, la rationalité judiciaire qui évolue dans le processus de la preuve peut être alors axée davantage vers une solution qui concilie les intérêts des parties, en évaluant les conséquences de la décision sur ces dernières et sur la société⁹⁴.

42. Ainsi, la rationalité judiciaire est le produit de l'interaction entre les informations et les interprétations présentées par les parties, les valeurs de la société à un moment donné,

90. Douglas WALTON, «Argumentation and Theory of Evidence», [En ligne]. <http://www.dougwalton.ca/papers%20in%20pdf/00argumentation>, Heather MACNEIL, «Trusting Records in a Postmodern World», [En ligne]. <http://journals.sfu.ca/archivar/inndex.php/archivaria/article/view/12793/13991>; Terence ANDERSON, William TWINING, *Analysis of Evidence. How to Do Things with Facts*, London, Weidenfeld and Nicholson, 1991, p. 55.

91. À la différence de la vérité dogmatique qui s'impose d'elle-même, sans confrontation et sans discussion. Voir P. MURPHY, *supra*, note 62, p. 32.

92. R. MOUGENOT, *supra*, note 75, p. 53.

93. C. BOYLE, M.T. MACCRIMMON, D. MARTIN, *supra*, note 1, p. 16. Voir également Susan HAACK, «An Epistemologist in the Bramble-Bush: At the Supreme Court with Mr. Joiner», (2001) *The Journal of Philosophy, Science & Law*, [En ligne]. www.psljournal.com/archives/papers/bramblebush_haack.cfm; M. MACCRIMMON, *supra*, note 54.

94. *Tsilhqot'in*, *supra*, note 6, par. 1360 : «Courts are not accustomed to taking into account "claims, interests and ambitions" in the process of reconciliation. In the course of a trial, a court will examine an entire body of evidence in an attempt to establish the factual truth in an objective manner. In an adversarial system, claims are dealt with to produce a win/lose result.»

les modes de raisonnement, rationnel et pratique, utilisés par le juge, la finalité qu'il poursuit, sa culture, son expérience, sa sensibilité et son intuition. Il convient alors de considérer que le processus de la preuve a pour objet « *the orderly, fair reconstruction of legally important events for the purpose of resolving a dispute* »⁹⁵.

2.3 LES MÉTHODES AU SERVICE DES FINALITÉS : HOLISME ET ATOMISME

43. Il convient d'évoquer les conceptions méthodologiques dans le processus de la preuve qui sont mises au service des finalités recherchées. L'holisme, orienté davantage vers la décision raisonnable, consiste à construire une histoire vraisemblable sur ce qui a pu se dérouler dans le passé et à concilier cette construction avec les éléments de preuve conçus alors dans un tout cohérent, tandis que l'atomisme, mû par la recherche de la vérité, applique la méthode de la charte de Wigmore, dans un processus rationnel inductif où chacun des éléments de preuve est considéré individuellement et isolément en fonction de leur capacité à supporter une conclusion rationnelle de faits⁹⁶. Plus le juge morcelle l'information fournie par les parties en diverses composantes distinctes et hermétiques, en atomes, et plus il les apprécie séparément, sans égard à leur interrelation, plus l'approche est atomiste. Par exemple, un juge peut analyser et évaluer une déclaration d'un témoin, phrase par phrase, mot par mot, plutôt que l'apprécier dans son ensemble⁹⁷.

95. C. BOYLE, M.T. MACCRIMMON, D. MARTIN, *supra*, note 1, p. 3.

96. Doron MENASHE, Shamash MUTAL, « The Narrative Fallacy », (2005) 3 *International Commentary on Evidence*, p. 6 : « *Atomism is a way of analyzing evidence that aspires to distinguish between the material facts necessary to support a factual inference and to be rigorous about inference with respect to issues of fact from the relevant evidence* ».

97. Voir l'affaire *R. v. Deneault*, [2007] BCJ n° 2104; 2007 BCPC 307; [2008] 1 C.N.L.R. 87, traitant d'un droit-activité de pêcher, dans laquelle le juge n'a considéré que certaines parties des récits oraux référant à l'utilisation du cheval puisque, selon lui, l'introduction des chevaux est postérieure au contact avec les Européens, ceux-ci ayant été importés par les Espagnols. Toutefois, la date buttoir étant différente dans le cas de la revendication du titre foncier, voir *Tsilhqot'in*, *supra*, note 6, notamment le par. 24 et 1239. L'utilisation du cheval tire son importance du fait qu'elle permet aux autochtones d'utiliser et d'occuper un plus grand territoire.

44. À l'inverse, la conception holiste de la preuve embrasse l'idée que les éléments de preuve s'apprécient dans un tout formant une histoire vraisemblable posée à l'avance. La valeur probante d'un élément de preuve est ainsi déterminée suivant sa manière de s'imbriquer de manière cohérente dans l'ensemble de la preuve du procès alors conçue comme un puzzle : « Une brique n'est pas un mur »⁹⁸.

45. Cette approche considère que l'atomisme oblige le juge à porter des œillères, lui demandant de prétendre que tel élément de preuve précis se découpe de son contexte alors qu'en fait, il s'enchâsse inextricablement dans une sorte de récit, une histoire vraisemblable posée en tant que prémisse au raisonnement⁹⁹. La rationalité judiciaire peut ainsi s'effectuer conformément à un raisonnement relativement exogène à la finalité traditionnelle du processus de la preuve, en considérant les éléments de preuve et les argumentations des parties dans un tout, en vue de rendre une décision raisonnable, un « accommodement raisonnablement praticable des intérêts des parties »¹⁰⁰.

46. Cependant, tout comme l'atomisme, l'holisme ne peut être conçu et pratiqué en absolu. Par exemple, au stade de l'admissibilité, pour qu'un fait soit pertinent, il doit exister un lien de connexité entre l'élément factuel et un fait en litige¹⁰¹. Une fois admise, la valeur probante accordée à une telle information sera déterminée non pas isolément, mais en contexte. Toutefois, on peut noter que l'évaluation porte sur cet élément factuel précis, d'où une manifestation de l'atomisme dans l'application de règle de la pertinence. Ainsi, la rationalité judiciaire peut se déplacer entre les pôles atomiste et holistique.

47. Les finalités du processus de la preuve et les modes d'appréciation des éléments de preuve nous permettent ainsi

98. John William STRONG, Kenneth S. BROUN, Georges E. DIX *et al.*, *McCormick on Evidence*, 5^e éd., vol. 2, West Group, 1999, p. 278, citant Wigmore : « *A brick is not a wall* ».

99. Reid HASTIE, « What's the Story? Explanations and Narrative in Civil Jury Decisions », dans B.H. BORNSTEIN *et al.* (ed.), *Civil Juries and Civil Justice / Psychology & Legal Perspective*, Springer, 2008, p. 23.

100. R.A. POSNER, *supra*, note 5, p. 8.

101. Serge ROUSSELLE, *La preuve*, Bruxelles/Cowansville, Bruylant/Éditions Yvon Blais, 1997, p. 10-12.

d'appréhender la rationalité judiciaire dans le processus de la preuve et d'observer son évolution dans le contentieux autochtone, afin d'en faire ressortir les logiques sous-jacentes.

3. LES LOGIQUES DE LA RATIONALITÉ JUDICIAIRE DANS LE PROCESSUS D'APPRÉCIATION DE LA PREUVE SOUS FORME DE RÉCITS ORAUX AUTOCHTONES

48. Puisque l'histoire écrite reflète plutôt la perspective non autochtone¹⁰² et que, pour « faire justice », le juge doit tenir compte de la nature orale, séculaire et culturelle de la preuve lors de l'examen des revendications autochtones, il doit, en conséquence, considérer les récits oraux puisque ces derniers reflètent le point de vue des Autochtones ou donnent des informations qui ne seraient pas accessibles autrement¹⁰³.

49. L'adaptation des règles de preuve à la spécificité du contentieux autochtone ne règle toutefois pas la manière par laquelle le juge doit procéder pour évaluer la valeur probante des récits oraux, une fois admis, les interprétations qui doivent en être faites et les conclusions de fait à tirer. La Cour suprême n'a guère balisé la démarche d'évaluation qui s'impose¹⁰⁴, se contentant d'affirmer qu'il faut leur accorder « le poids qu'il convient »¹⁰⁵ et de faire la mise en garde suivante :

Les tribunaux doivent se garder d'accorder un poids insuffisant à la preuve présentée par les demandeurs autochtones

102. Cette réalité a été soulignée par les tribunaux bien avant les décisions *Van der Peet*, *supra*, note 6 et *Delgamuukw*, *supra*, note 6. Voir la dissidence du juge Hall dans *Calder c. British Columbia*, [1973] R.C.S. 313, p. 346. Voir également *Baker Lake c. Canada*, [1980] 1 C.F. 518; *Bear Island c. Bear Island Foundation*, (1984) 49 O.R. (2d) 353; *R. c. Simon*, [1985] 2 R.C.S. 387, dans laquelle le juge Dickson a considéré l'impact néfaste des préjugés; dans *R. c. Levogiannis*, *supra*, note 70, a souligné que l'adaptation souple des règles traditionnelles de preuve au défi de rendre justice dans les revendications autochtones n'est qu'une application du principe traditionnel selon lequel les règles de preuve n'ont rien d'« immuable et n'ont pas été établies dans l'abstrait ».

103. *Van der Peet*, *supra*, note 6, par. 49-50; *Delgamuukw*, *supra*, note 6, par. 81; *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220, par. 68.

104. Voir à cet égard *Mitchell*, *supra*, note 6, par. 36: « Notre Cour n'a pas essayé d'établir des "règles précises" ou des "principes absolus" régissant l'interprétation et l'appréciation de la preuve dans les revendications autochtones. Cette réticence est appropriée parce que cette tâche relève généralement du juge de première instance. [...] ».

105. *Van der Peet*, *supra*, note 6, par. 49.

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.¹⁰⁶

50. Notre étude du traitement jurisprudentiel des récits oraux, à travers le prisme de la rationalité judiciaire, nous permet d'avancer l'hypothèse suivant laquelle elle s'effectue suivant trois logiques distinctes : (1) la logique *réconciliatrice*, laquelle s'inscrit dans la justice substantive visée par l'objectif de conciliation du paragraphe 35(1) de la Loi; (2) la logique *empathique* qui, influencée notamment par le souci de prendre en compte l'altérité autochtone et les effets néfastes de la colonisation, cherche à faire justice et à réparer les dommages causés aux sociétés autochtones; et (3) la logique *systématique* qui, en s'inscrivant dans un raisonnement orthodoxe et endogène au droit de la preuve, cherche une certaine « vérité objective » quant à ce qui a probablement pu se dérouler dans un passé très lointain. Il convient d'exposer plus avant les manifestations de ces logiques dans le processus de la preuve telles qu'on peut les appréhender par l'analyse de la jurisprudence.

3.1 LA LOGIQUE RÉCONCILIATRICE

51. La logique réconciliatrice s'inscrit dans une conception holiste de la preuve par laquelle la rationalité du juge s'attache à apprécier les récits oraux en relation avec toutes les autres informations recueillies, considérées dans un tout, invitant le juge à déterminer les faits de manière à ménager un accommodement raisonnablement praticable des intérêts respectifs des parties, s'inscrivant ainsi dans l'objectif de réconciliation visé par le paragraphe 35(1) de la Loi¹⁰⁷.

52. C'est en effet dans cet objectif que la décision *Van der Peet*¹⁰⁸ a d'emblée admis les récits oraux en preuve puisque

106. *Id.*, par. 67 et 68.

107. Sur l'objectif de conciliation, voir *Van der Peet*, *supra*, note 6, par. 43.

108. *Supra*, note 6.

« la seule façon juste et équitable de faire cette conciliation est de tenir compte du point de vue des Autochtones »¹⁰⁹ et de déterminer les faits en conséquence. Plus tard, la Cour suprême a précisé que cet objectif visé par le droit substantif influe sur le processus de la preuve en ce que :

L'appréciation de la preuve, testimoniale et documentaire, doit se faire du point de vue des Autochtones, en se demandant ce qu'une pratique ou un événement aurait signifié dans leur monde et leur système de valeurs. Après cette appréciation de la preuve vient l'étape finale où les conclusions de fait, ainsi interprétées, sont transposées en un droit moderne en common law. Ce droit doit être circonscrit avec précision conformément aux traditions de la common law, tout en respectant le point de vue autochtone.¹¹⁰

53. La justice substantive permet ainsi d'assouplir la rigueur des principes de preuve, en l'occurrence la recherche de la vérité historique et, parfois, de combler les failles dans la démonstration des parties, de considérer la preuve produite au procès comme un tout, pour déterminer les faits de manière à participer à la réconciliation des sociétés autochtone et canadienne.

54. En effet, bien que le juge doive se montrer ouvert au point de vue des Autochtones et lui accorder le « poids qu'il convient »¹¹¹, les droits ancestraux seront définis, suivant *Van der Peet*¹¹², dans les limites du système juridique canadien. En conséquence, les faits seront déterminés de manière à reconnaître l'existence d'un droit ancestral ou issu de traité

109. *Id.* par. 50. Voir également *William*, *supra*, note 7, par. 16, dans lequel le juge estime que les récits oraux doivent être traités de la même manière qu'une preuve par ouï-dire, en étant toutefois conscient de la « *promise of reconciliation embodied in section 35(1)* ». On note ainsi que la finalité traditionnelle du processus de la preuve, en l'occurrence la recherche de la vérité, tend plutôt vers le procès équitable et l'opérationnalisation de la justice substantive, en l'occurrence la conciliation de la préexistence des sociétés autochtones sur le territoire avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne. Voir C.S. HILL, P.K. MCWILLIAMS, *supra*, note 57, p. 3.1 à 3.5 pour une illustration en droit criminel.

110. *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, *supra*, note 103, par. 45 et 69.

111. *Supra*, note 105.

112. *Supra*, note 6.

qui conserve l'intégrité du système juridique et constitutionnel canadien¹¹³.

55. Une application récente de cette logique se retrouve dans l'affaire *Ahousaht Indian Band v. Canada (AG)*¹¹⁴, dans laquelle la Cour suprême de la Colombie-Britannique, rappelant le principe de conciliation¹¹⁵, a reconnu que les Nuu-chah-nulth détenaient le droit de pêcher et de vendre toutes espèces de poissons prélevées dans leurs territoires traditionnels, dans une limite imposée par l'objectif de conciliation. Bien que le juge n'ait pas été directement confronté à des témoins autochtones¹¹⁶, les récits oraux se trouvant dans les écrits des explorateurs¹¹⁷, l'intérêt de cette décision réside dans l'application du principe de conciliation dans l'interprétation de la preuve sous forme de récits oraux :

- *Traditional rules of evidence regarding [...] weight of evidence continue to apply. However, the Court must [...] apply those rules flexibly in a manner that is consistent with the spirit and intent of s. 35(1) of the Constitution Act, 1982;*
- *Finally, the Court must be sensitive to not only the European perspective but also the Aboriginal perspective when examining evidence about Aboriginal peoples as recorded by Europeans*¹¹⁸.

113. C'est ainsi, peut-être en raison de la nature commerciale du droit revendiqué, que dans *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, *supra*, note 103, la Cour suprême a resserré le critère de la suffisance de l'utilisation et de l'occupation du territoire, en reconnaissant toutefois qu'une utilisation de moindre degré pourrait amener le juge à conclure à l'existence d'un droit-activité (par. 58). Voir la dissidence de l'honorable juge LeBel, aux paragraphes 126 et suivants, qui adopte une logique davantage empathique à cet égard, en incitant à une plus grande considération de la perspective autochtone dans la détermination des faits permettant de statuer au titre foncier.

114. *Supra*, note 6.

115. *Id.*, par. 32 et 52.

116. *Id.*, par. 81 : « [U]nlike many Aboriginal rights and title cases, I heard virtually no oral history evidence ».

117. *Ahousaht Indian Band v. Canada*, 2008 CarswellBC 1252, 2008 BCSC 768 (B.C.S.C.) : les écrits des explorateurs ont été admis pour prouver la véracité des faits qu'ils contiennent, sous réserve toutefois qu'ils fassent l'objet d'une expertise.

118. *Ahousaht* (BCSC), *supra*, note 6, par. 62, 85 et 86; le premier juge interprète la pratique du commerce dans la perspective autochtone : « *I have found it important to consider more general evidence of the culture of the nuu-chah-nulth in order to determine whether the assertion of the existence of trade is consistent with, and integral to, nuu-chah-nulth culture. [...] In my view, it is not possible to precisely*

56. C'est ainsi que le tribunal a interprété ce que l'on doit comprendre du terme « commerce » dans la perspective autochtone¹¹⁹ telle qu'elle pouvait être appréhendée par la preuve, laquelle référerait indistinctement à des « *exchanges of goods, tribute, trade, and reciprocal gifts* »¹²⁰. Appliquant une méthodologie holiste¹²¹, le juge conclut de la preuve que :

*I conclude that at the contact, the Nuu engaged in trade of fisheries resources. I conclude that that trade included the regular exchange of fisheries resources in significant quantities to other tribes or groups, including groups with kinship connection. I do not exclude from this definition reciprocal gift giving or barter.*¹²²

57. Toutefois, c'est en appliquant l'objectif de conciliation que le juge limite ensuite la portée du droit-activité à un commerce à petite échelle de manière à ne pas menacer l'économie régionale¹²³.

3.2 LA LOGIQUE EMPATHIQUE

58. Les appels à l'ouverture à l'altérité autochtone et l'approche contextuelle de la preuve préconisée par la Cour

define trade. I prefer instead to enumerate features of trade ». En conséquence, le juge a défini le terme « commerce » dans un sens large et a estimé que les échanges qui s'effectuaient au sein de la famille élargie et avec d'autres communautés, ou lors de mariages ou de cérémonies, pouvaient être considérés comme étant du commerce.

119. *Id.*, par. 202 et suiv., 241, 255 et 260 où le juge, se dissociant des conclusions dans *Van der Peet* à cet égard, conclut que les « *kinship exchanges* » et les « *kinship trades* » constituaient du commerce dans la perspective autochtone. Voir toutefois *Lax Kw'alaams, supra*, note 6, dans lequel le juge adopte une approche tout à fait différente.

120. *Id.*, *supra*, note 6, par. 244.

121. Dans la reconstruction des faits historiques, le juge a considéré la preuve du procès dans son ensemble, s'intéressant à tous les aspects du mode de vie autochtone aux périodes pertinentes : « *dependence on fish* » (par. 202 et suiv.); « *political organization* » (par. 206 et suiv.); « *kinship* » (par. 209 et suiv.); « *feasting, potlatches and tribute* » (par. 225 et suiv.); « *warfare and raiding* » (par. 229 et suiv.); « *trade routes* » (par. 235 et suiv.); « *gifts as a form of trade* » (par. 238 et suiv.); voir également cette approche holiste dans *Tsilhqot'in, supra*, note 6.

122. *Ahousaht, supra*, note 6, par. 282. Ce droit a toutefois une portée territoriale limitée; voir le par. 411.

123. *Id.*, par. 487 : « *Limitation on the scope of the right are most appropriately addressed at the infringement and justification stages of the analysis, as part of the reconciliation process* ».

suprême du Canada depuis les années 90 influent sur le processus de la preuve en ce que le juge doit être sensible aux difficultés auxquelles fait face la partie autochtone dans la preuve des faits en litige. Le juge doit être « sensible aux difficultés de preuve inhérentes à l'examen des revendications autochtones » et aux « 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 », puisque de « ne pas suivre cette pratique "[imposerait un] fardeau de preuve impossible" » à la partie autochtone.¹²⁴

59. Dans *Delgamuukw*¹²⁵, la Cour suprême du Canada a adopté une approche plutôt empathique en rappelant que les récits oraux sont « les seuls témoignages » dont les Autochtones disposent sur leur passé, que le juge doit leur accorder le poids qu'il convient en étant conscient toutefois de leurs caractéristiques intrinsèques, notamment qu'ils ne véhiculent pas de « vérité historique », qu'ils ont pour objet d'enseigner, qu'ils manquent de détails, qu'ils ont des formes variables d'une nation à une autre, qu'ils peuvent véhiculer des croyances et des mythes plutôt que des faits, qu'ils font l'objet de discussions dans le cadre du procès et qu'ils ne permettent pas d'établir de « façon concluante » un fait litigieux¹²⁶. Dans l'affaire *Tsilhqot'in*¹²⁷, le juge écrit à ce sujet :

Many of the oral histories and oral traditions I was privileged to hear in this case were woven with history, legend, politics and moral obligations. This form of evidence is a marked departure from the court's usual fare and poses a challenge to the evaluation of the entire body of evidence. Courts generally receive and evaluate evidence in a positivist or scientific manner: a proposition or claim is either supported or refuted by factual evidence, with the aim of determining an objective

124. *Delgamuukw*, supra, note 6, par. 80, 85 à 87, 105-106 et 156. Voir également *Kitkatla c. Colombie-Britannique*, [2002] 2 R.C.S. 31, par. 46 et notamment les jugements de première instance dans *Mitchell*, supra, note 6, *Gray*, non publié, *Sappier et Polches* et une application récente de cette logique empathique dans *Tsilhqot'in*, supra, note 6.

125. *Supra*, note 6.

126. *Id.*, supra, note 6, notamment par. 87, 98, 101 et 106.

127. *Supra*, note 6.

*truth. However, in cases such as this, the "truth" which lies at the heart of the oral history and oral tradition evidence can be much more elusive.*¹²⁸

60. Ainsi, « malgré les problèmes que crée l'utilisation des récits oraux comme preuve de faits historiques »¹²⁹, ils doivent être appréciés sur un « pied d'égalité » avec, notamment, l'écrit¹³⁰. Par ailleurs, le juge doit leur accorder une « valeur probante indépendante »¹³¹; les récits oraux ne servent pas de preuve corroborative et le juge ne doit pas exiger qu'ils soient corroborés par un autre type de preuve avec lequel il est plus familier, bien que ce soit parfois préférable. Citons de nouveau le cas *Tsilhqot'in*¹³², où le juge affirme ce qui suit :

*I propose to take this entire body of evidence into account and to the extent that I am able to consider it from the Aboriginal perspective. If the oral history or oral tradition evidence is sufficient standing on its own to reach a conclusion of fact, I will not hesitate to make that finding.*¹³³

61. Dans cette affaire, soulignant que son rôle consiste à être « *fair and to try to avoid an ethnocentric view of the evidence* »¹³⁴, le juge s'est largement appuyé sur les récits oraux, notamment sur les thèmes et les leçons tirés des légendes qui lui ont été racontées dans diverses versions, de même que sur des souvenirs personnels des témoins autochtones, afin de déterminer certains faits relatifs à des lieux géographiques et à diverses manifestations de l'occupation

128. *Id.*, par. 137.

129. *Delgamuukw*, *supra*, note 6, par. 87.

130. *Id.*; voir également *Kruger*, *supra*, note 13. En conséquence, la corroboration n'est pas exigée bien que la preuve sous la forme de récits oraux doive satisfaire à l'exigence de nécessité et de fiabilité.

131. *Id.*, par. 107.

132. *Supra*, note 6.

133. *Id.*, par. 196. Comme nous l'avons souligné précédemment lorsque nous avons abordé les théories de la preuve, on peut retrouver, dans un même jugement, une approche atomiste et holiste.

134. *Id.*, par. 196.

et de l'utilisation de sites pour conclure à l'existence du titre foncier sur un large territoire¹³⁵.

62. La logique empathique peut également se manifester par la sensibilité du juge face au traitement dont les Autochtones ont fait l'objet lors de la colonisation européenne¹³⁶. Par une méthode davantage holiste, le processus de la preuve mène à une décision qui se veut raisonnable compte tenu de ces injustices passées, ces dernières constituant alors l'histoire servant de prémisse. Ainsi, dans *Tsilhqot'in*¹³⁷, le juge a estimé que le processus moderne de réconciliation devait être situé dans « l'ère de la décolonisation »¹³⁸. Dans cette affaire, tout au long du procès, le juge était sensible à ne pas « *exacerbate existing conflicts and grievances* »¹³⁹ ou « *rubbing salt into open wounds* » de la communauté *Tsilhqot'in*¹⁴⁰. La logique empathique apparaît patente lorsque le juge estime que l'affirmation de la souveraineté de Sa Majesté a donné lieu à l'obligation morale de la Couronne de traiter les Autochtones équitablement et honorablement, en les protégeant contre l'exploitation¹⁴¹. Dans un tel contexte, il n'est pas étonnant que le juge ait été d'avis, en accordant un poids important aux récits oraux, qu'un titre foncier grève un territoire considérable¹⁴². Cette conclusion a d'ailleurs incité les parties à négocier.

135. Il est pertinent de souligner que les conclusions de faits relatives au titre foncier relèvent davantage de *l'obiter dicta* puisque les parties avaient demandé l'avis du juge à cet égard. Peut-être que le juge Vickers a adopté cette approche empathique lui permettant de conclure à l'existence du titre foncier afin d'inciter les parties à négocier. D'ailleurs, la décision est présentement en appel, mais la procédure est pendante afin de permettre aux parties de négocier.

136. *Tsilhqot'in*, *supra*, note 6, notamment par. 1368 et 1379.

137. *Ibid.*

138. *Id.*, par. 1046. Il a estimé que les Autochtones d'aujourd'hui ne peuvent plus vivre sur leurs terres comme leurs ancêtres en raison des pratiques de colonisation européennes. Voir les par. 20 et 1379. Voir l'analyse de ce jugement par David M. ROBBINS, Jack WOODWARD, « *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia: A Decade After Delgamuukw* », dans Maria MORELLATO (éd.), *Aboriginal Law Since Delgamuukw*, Aurora, Canada Law Book, 2009, p. 291-311.

139. *Id.*, par. 1365.

140. *Id.*, par. 1368.

141. *Id.*, par. 1354.

142. *Id.*, par. 1375.

3.3 LA LOGIQUE SYSTÉMATIQUE

63. La logique systématique, quant à elle, s'inscrit davantage dans l'atomisme¹⁴³ et dans le souci de rechercher une vérité historique, en vue de rendre une décision rationnelle basée sur les faits construits rationnellement par le juge¹⁴⁴. Dans cette perspective, le juge, guidé par un certain scepticisme¹⁴⁵ et par son souci d'atteindre une certaine vérité, s'astreint à apprécier la valeur probante des récits oraux isolément. Ainsi, dans une affaire, le juge souligne que l'exactitude historique est importante en l'espèce puisque les récits oraux avaient été présentés afin de prouver des « vérités historiques précises dans un lieu déterminé à des dates données »¹⁴⁶.

64. Dans *Mitchell*¹⁴⁷, la Cour suprême semble admettre les récits oraux en preuve, mais seulement lorsqu'aucun autre élément de preuve n'est disponible¹⁴⁸. Dans cette décision, elle fait également une mise en garde au juge relativement à l'évaluation de la valeur probante des récits oraux : il « ne doit pas faire ployer artificiellement la preuve amenée par le demandeur autochtone sous plus de poids que ce qu'elle peut

143. Pour une application récente de la méthodologie atomiste, voir *R. v. Deneault, supra*, note 97.

144. Voir l'analyse du jugement de première instance dans *Delgamuukw* par Michael ASCH, Catherine BELL, « Definition and Interpretation of Fact in Canadian Aboriginal Title Litigation : An Analysis of *Delgamuukw* », (1993-994) 19 *Queen's L. J.* 503.

145. Voir notamment *Lac La Ronge Indian Band v. Canada*, [1999] S. J. n° 773, 1999 SKQB 218, [2000] 1 C.N.L.R. 245 (renversée en appel, mais sur un autre point : 2001 SKCA 109; permission d'en appeler à la Cour suprême rejetée [2001] S.C.C.A. n° 647), par. 62 et l'arrêt *Canada c. Benoit*, 2003 CAF 236 (permission d'en appeler à la Cour suprême rejetée [2003] S.C.C.A n° 387), par. 10 : « Le fait que la substance [des témoignages] était du oui-dire exigeait du juge de première instance qu'il soit très prudent ».

146. *Mathias c. R.*, 2001 CFPI 480, par. 33 et 36.

147. *Supra*, note 6.

148. *Mitchell, supra*, note 6, par. 32, quant au critère d'utilité. C'est donc dire que s'il existe « un autre moyen d'obtenir la même preuve », une preuve écrite (archives contemporaines), les récits oraux seront considérés comme étant inutiles et ne seront donc pas admis. Or, la doctrine a depuis longtemps souligné le fait que les archives ont été confectionnées suivant la perception des non-Autochtones et ne relèvent donc pas la perspective autochtone. Ils n'auraient ainsi pas plus de valeur probante que les récits oraux.

raisonnablement étayer »¹⁴⁹. Les récits oraux doivent donc être évalués comme tous les autres éléments de preuve et doivent appuyer la conclusion recherchée¹⁵⁰. En décalage avec son attitude dans *Delgamuukw*¹⁵¹, la haute juridiction privilégiée ici une approche plus traditionnelle et orthodoxe dans le processus de la preuve.

65. Elle rappelle que bien que la preuve n'ait pas à être directe et qu'une revendication puisse être établie sur la base d'une preuve minimale, même indirecte, il n'en demeure pas moins qu'elle doit être suffisamment *convaincante*¹⁵², claire et attester la *réalité* du droit revendiqué¹⁵³. Cette position peut être contrastée avec l'opinion exprimée dans *Delgamuukw*¹⁵⁴, suivant laquelle les récits oraux ne transmettent pas avec exactitude une vérité historique et peuvent manquer de précisions et de détails. De même, dans *Adams*¹⁵⁵, la Cour suprême avait bien souligné le fait qu'« aucun groupe autochtone ne pourra jamais apporter de preuve concluante de ce qui s'est passé avant le contact avec les Européens »¹⁵⁶.

66. Dans *Mitchell*¹⁵⁷, mue par cette logique systématique, la Cour suprême a réévalué la preuve présentée par la partie autochtone de manière atomiste, en reprenant chacun des

149. *Id.*, *supra*, note 6, par. 39.

150. *Id.*, par. 39 et 51.

151. *Supra*, note 6.

152. *Mitchell*, *supra*, note 6, par. 39.

153. *Id.*, par. 52. Voir également *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, *supra*, note 103, par. 79 à 83.

154. *Supra*, note 6.

155. *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101.

156. *Id.*, par. 46. Lors du procès, les témoins avaient d'ailleurs convenu qu'il leur était impossible de dire avec certitude quels étaient les peuples autochtones qui pêchaient dans la zone de pêche avant 1603. Cette empathie n'a pas été suivie, notamment dans *Newfoundland (Minister of Government Services and Lands) v. Drew*, 2003 NLSCD 105, dans laquelle la Cour applique l'approche du scepticisme découlant de la théorie de la décision rationnelle, au paragraphe 669 : « *I find Dr. von Gernet's [witness for Newfoundland] methodology for interpreting oral history and tradition is consistent with the rationalist approach to the law of evidence which emphasizes a search for truth, justice and reason* ». Voir également *Mathias c. R.*, *supra*, note 146.

157. *Supra*, note 6.

éléments et en recherchant une corroboration des récits oraux, notamment par la preuve archéologique, pour finalement conclure que la partie autochtone ne s'était pas déchargée de son fardeau de preuve.

67. Appliquant l'approche préconisée dans *Mitchell*¹⁵⁸, certains juges peinent à accorder du poids aux récits oraux et plus spécifiquement à l'histoire orale, en l'absence de preuve corroborative. Ainsi, dans l'arrêt *Benoît*¹⁵⁹, la Cour d'appel fédérale a mis davantage l'accent sur les conséquences, tenues pour néfastes, d'une décision qui reconnaîtrait aux demandeurs autochtones une exemption de taxes, et souligne également qu'il est souvent difficile de savoir si un témoin relate la tradition orale ou s'il ne donne pas tout simplement son avis sur les questions soumises à discussion. Selon elle, cela constitue un motif supplémentaire qui incite à une plus grande prudence dans l'évaluation de cette preuve¹⁶⁰.

68. De même, dans l'affaire *Lax Kw'alaams Indian*¹⁶¹, le juge, citant largement la décision *Mitchell*¹⁶², semble même suggérer un retour aux règles de preuve traditionnelles¹⁶³ et estime que l'approche empathique adoptée par la Cour suprême dans *Delgamuukw*¹⁶⁴ ne doit être appliquée qu'aux récits oraux prenant la forme de « vrais » *adaawk*¹⁶⁵. En

158. *Ibid.*

159. *Supra*, note 145.

160. Voir au même effet *R. v. Potts*, [2010] A.J. n° 212, 2010 ABPC 59, dans laquelle la Cour provinciale de l'Alberta n'a accordé aucune valeur aux récits oraux qui lui ont été présentés par quatre témoins autochtones, notamment parce que « [t]heir evidence to a large degree, was simply their current understanding of Aboriginal's hunting practices and was not an "oral history" sufficient to establish the rights asserted by Mr. Potts » (par. 184); *R. c. Campeau Guiding and Outfitting*, [2007] S.J. n° 623, 2007 SKPC 110, [2008] 2 CNLR 328, par. 15 et suiv.

161. *Lax Kw'alaams*, *supra*, note 6.

162. *Supra*, note 6.

163. *Lax Kw'alaams*, *supra*, note 6, par. 41 de la décision, le juge énumère une série de critères relatifs à la fiabilité des récits oraux, lesquels influent, selon lui, sur la valeur probante qui leur est accordée. Appliquant une approche atomiste, il ajoute au par. 56 : « *Common sense should enable the reader to appreciate the mythical or super-natural elements of the stories and extract the more factual information* ».

164. *Supra*, note 6.

165. *Lax Kw'alaams*, *supra*, note 6, par. 29, 34, 37-38, 42, 56; voir *Potts* et *Campeau*, *supra*, note 160.

l'espèce, les Tsimshian revendiquaient notamment le droit de pêcher à des fins commerciales toutes les ressources halieutiques qui se trouvent sur leurs territoires traditionnels. Les récits oraux présentés au juge avaient été recueillis par des ethnographes¹⁶⁶; certains étaient composés de « *malsk* », de mythes, de narrations relatives aux guerres et aux luttes, de même que de souvenirs personnels des individus. Ils ne pouvaient donc pas être considérés comme de « vrais » *adaawk*¹⁶⁷ et ont été évalués en conséquence par le juge¹⁶⁸. Puisque les « vrais » *adaawk* référaient à une certaine forme de commerce de la graisse d'eulachon uniquement¹⁶⁹, comme faisant partie intégrante de la culture distinctive de la communauté concernée¹⁷⁰, le juge a statué à l'existence d'un droit-activité limité¹⁷¹.

69. Dans cette affaire, le juge exige que les récits oraux soient détaillés et contiennent des informations qui soient spécifiques à la prétention des parties, contrairement aux enseignements dans *Delgamuukw*¹⁷². Il note par exemple que les récits oraux démontraient le fait que le saumon était échangé seulement lors de périodes de famine¹⁷³. On peut contraster cette attitude avec celle adoptée par le juge de première instance dans *Gray*¹⁷⁴, ce dernier s'étant appuyé sur un témoignage racontant des expéditions de chasse relativement contemporaines qu'il faisait avec son grand-père et l'utilisation du bois, à cette même époque, pour la construction d'abris, afin de soutenir une prétention au droit ancestral pertinent en l'espèce. Par ailleurs, le témoin avait rapporté

166. *Lax Kw'alaams*, *supra*, note 6, par. 42, 56.

167. *Id.*, par. 29; voir la distinction faite des divers récits oraux aux par. 34 et 42.

168. *Id.*, par. 36 à 38.

169. *Id.*, par. 284, 299, 495.

170. *Id.*, par. 255, 384.

171. *Id.*, par. 495-500; cette conclusion est maintenue par la Cour d'appel; voir par. 40 et 60 de l'arrêt, *supra*, note 6.

172. *Supra*, note 6.

173. *Lax Kw'alaams*, *supra*, note 6, par. 416.

174. *Supra*, note 124.

les propos de son grand-père eu égard à l'utilisation du bois que faisaient ses ancêtres. Or, il appert que son grand-père n'a jamais fait de quelconque allusion à la construction d'abri ou de maison, mais plutôt au fait que le bois était utilisé pour confectionner essentiellement des outils et des instruments. Malgré ce constat, le juge de première instance a estimé que l'histoire orale rapportée par le témoin supportait la conclusion de fait que le bois était prélevé et utilisé, à l'époque pertinente, pour construire des abris et conséquemment, en traduisant ce droit ancestral en un droit moderne, pour la construction de maisons.

CONCLUSION

70. Nous avons procédé à l'analyse de la jurisprudence en considérant les finalités du processus de la preuve, la spécificité du contentieux autochtone, et en recherchant les logiques de la rationalité judiciaire à l'œuvre dans la genèse du « fait » à partir des informations et des interprétations des récits oraux. Cette étude nous permet de constater que l'appréciation de ce type de preuve met en tension, d'une manière singulière, la recherche d'une certaine « vérité » historique, l'équité procédurale, la réparation des dommages causés aux premiers peuples, la reconnaissance de l'altérité autochtone et l'objectif de conciliation visé par le paragraphe 35(1) de la Loi. Notre recherche confirme l'existence de trois rationalités — réconciliatrice, empathique et systématique — se côtoyant et dont l'importance opérationnelle fluctue au gré des affaires et des juges sans qu'aucune n'aie pu s'imposer comme nettement prééminente à ce jour.

71. La découverte de ce triptyque de la rationalité judiciaire dans la genèse du « fait », à partir de la preuve sous la forme de récits oraux, nous permet d'apporter un nouvel éclairage sur la complexité de l'acte judiciaire de « dire » les faits. Elle jette la lumière sur le fait que la démarche d'appréciation de la preuve en contentieux autochtone est encore largement expérimentale et vient valider empiriquement l'assertion de la Cour suprême selon laquelle la résolution des revendications

autochtones entraîne le droit, et donc le juge, dans les univers mal balisés de l'histoire, des légendes, de la politique et des obligations morales.

Marie Houde
Gagné Letarte sencrl
79, boulevard René-Lévesque Est
Bureau 400
Québec (Québec) G1R 4N4
Téléphone : 418 522-7900
Télécopieur : 418 523-7900
marie.houde.1@ulaval.ca

Ghislain Otis
Faculté de droit
Pavillon Fauteux
57, rue Louis-Pasteur
Bureau 313
Université d'Ottawa
Ottawa (Ontario) K1N 6N5
Téléphone : 613 562-5800 (3236)
Télécopieur : 613 562-5121
Ghislain.Otis@uottawa.ca