

La preuve historique dans le contexte d'un procès équitable

Michel Bastarache*

La notion de procès équitable n'est pas toujours abordée de la même manière. Dans le contexte du paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les juges majoritaires dans l'arrêt *Stillman*¹ diront que le processus judiciaire doit être équitable selon le point de vue de l'accusé. Dans *Harrer*², les juges minoritaires adoptent une autre approche favorisant une pondération des intérêts de l'accusé et ceux de la communauté. Le professeur Paciocco³ dira simplement qu'il n'est pas facile de découvrir comment une preuve pertinente et fiable peut mener à un procès inéquitable.

Nul besoin de trancher ce débat ici, mais il me semble clair que l'on peut tout de même conclure que l'admission d'une preuve ne sera inéquitable que dans la mesure où sa fiabilité ne sera pas assurée ou que la manière dont elle a été obtenue va déconsidérer l'administration de la justice. On pourra pareillement dire que l'équité requiert normalement que la preuve pertinente et fiable soit entendue.

Le procès équitable est caractérisé par plusieurs principes fondamentaux, dont bon nombre sont inclus à l'alinéa 11d) de la *Charte*. Il faut cependant insister sur le fait que l'un des objets premiers du procès est de découvrir la vérité pour faire justice. Les règles de preuve doivent répondre à cet impératif. De là la règle *Stinchcombe*⁴,

* Ancien juge de la Cour suprême du Canada, avocat-conseil, Heenan Blaikie LLP.

1. *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607.

2. *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 45-46.

3. David PACIOCCO, « *Stillman*, Disproportion and the Fair Trial Dichotomy under Section 24(2) », (1997) 2 *Can. Crim. L.R.* 163, 168.

4. *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754.

les modalités du droit à une défense pleine et entière. Dans le contexte du droit relatif aux autochtones, la Cour suprême a reconnu que pour faire justice, il fallait modifier la règle du oui-dire et admettre la preuve orale de faits historiques. Dans *Van der Peet*⁵, la Cour souligne le caractère particulier des causes autochtones et la nécessité de modifier les normes traditionnelles. Dans *Delgamuukw*⁶, la Cour met en garde contre la dévaluation de la preuve orale et invite les tribunaux à tenir compte de la perspective des autochtones quant aux faits historiques. Tout cela, il me semble, est essentiel si l'on veut assurer un procès équitable. C'est là le cadre analytique en place.

Il est néanmoins fort difficile d'établir une vérité historique en se fondant sur la preuve orale, celle-ci pouvant prendre des formes différentes puisqu'elle comprend des récits, des légendes, des histoires, ceux-ci étant passés de génération en génération, de plusieurs manières, selon les traditions diverses des autochtones en cause, comme en fait état le rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones de 1996. La preuve de faits est souvent entrecoupée de références à des événements surnaturels, et elle comprend des inférences concernant le passé⁷; la preuve orale a une nature particulière dont il faut tenir compte même si elle a objectivement une valeur égale à la preuve documentaire.

Il ne faut pas tomber dans l'arbitraire devant la difficulté que posent l'admission et le traitement de la preuve orale de faits historiques. Déjà, en 1978, dans *Kruger*⁸, le juge Dickson reconnaissait que la preuve orale est différente de la preuve traditionnelle, contraire à la règle du oui-dire, et qu'elle doit être traitée différemment, mais équitablement, c'est-à-dire comme ayant une valeur égale à la preuve traditionnelle. Il ne faut donc pas exiger la corroboration de la preuve orale pour l'admettre ou y accorder un poids véritable. Néanmoins, il faut être en mesure d'évaluer la fiabilité de cette preuve. C'est ce que dira la juge en chef dans *Mitchell*⁹ où elle suggère que la première étape consiste à déterminer si la source de la preuve historique est elle-même fiable.

5. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 68.

6. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

7. John BORROWS, « Listening for a Change : the Courts and Oral Tradition », (2001) *Osgoode Hall L.J.* 1, par. 5.

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

9. *Mitchell c. Ministre du Revenu national*, [2001] 1 R.C.S. 911.

C'est dans l'affaire *William*¹⁰, en 2004, que la Cour supérieure de la Colombie-Britannique a cherché à établir pour la première fois, je pense, une procédure pour procéder à cette évaluation. Plus tard, dans *Tsilhqut'in Nation*¹¹, le juge Vickers, qui avait présidé l'affaire *William*, reviendra sur cette procédure et citera un anthropologue, Jan Vansina, qui fournit une première distinction, fort importante, entre la preuve historique proprement dite et la preuve de tradition. Vansina dira ceci :

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 the oral traditions as verbal messages which are reported statements from the past beyond the present generation. The definition specifies that the 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. 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.¹²

Je crois aussi que la distinction est importante et que l'on aurait tort de confondre les deux types de preuves, même si elles sont toutes deux admissibles, parce qu'il faudra une analyse différente pour décider de leur fiabilité et de leur poids relatif. La preuve de tradition n'est pas en soi la preuve d'un événement dont a attesté directement un premier observateur, mais la preuve d'événements postérieurs, successifs, ayant donné lieu à un message actuel. La transmission est communale. Elle a servi à établir comment se faisait la chasse, où on établissait des campements... La preuve historique proprement dite

10. *William c. British Columbia*, 2004 BCSC 148.

11. *Tsilhqut'in Nation c. British Columbia*, 2007 BCSC 1700 ; voir sur l'impact de cette décision : Dwight G. NEWMAN, « *Tsilhqut'in Nation v. British Columbia* and Civil Justice : Analysing the Procedural Interaction of Evidentiary Principles and Aboriginal Oral History », (2005) 43 *Alta. L.R.* 433-449.

12. *Tsilhqut'in Nation c. British Columbia*, précité, note 11, par. 141 et 142.

serait celle qui aurait référence à la participation d'une personne en particulier à une chasse à un moment donné, cette information étant relatée par les grands-parents et les parents, par exemple.

La fiabilité dépend aussi de ce que l'on veut établir. La preuve de tradition est altérée par l'orateur à chaque génération et rend difficile de situer un événement dans le temps. Farrand¹³ raconte qu'il a constaté des différences importantes entre la preuve de tradition orale et la preuve sur le même sujet qui avait été transcrite à un moment donné. Il y a donc dans ce cas transmission et interprétation. C'est en somme la communauté qui interprète et forme ses traditions, qui ont bien entendu une signification dans le présent. Selon Vansina, la preuve de tradition est en somme une hypothèse¹⁴. Cela a une valeur en soi et la Cour dans *Tsilhqut'in Nation* exigera que le ministère public avance une preuve pour l'écarter, plutôt que d'exiger que les autochtones corroborent leur preuve orale. Mais ici encore il faut insister sur le fait qu'il faut procéder avec soin et au cas par cas¹⁵. La nécessité d'une corroboration serait contraire à l'approche de *Delgamuukw*.

Mais comment dire si une preuve est fiable ? Il y a évidemment les moyens traditionnels : vérifier si les différents récits concordent sur des points essentiels, vérifier si des marques ou des sites révèlent des choses compatibles, vérifier s'il y a quelque information indépendante au même effet, vérifier si l'ensemble de la preuve supporte la théorie première des raconteurs. Il y a aussi des moyens afférents à la culture autochtone elle-même, ce que Dewhurst¹⁶ appelle les « cultural checks related to the transmission of oral history ». En d'autres mots, quel était le système en place pour encadrer l'activité des raconteurs et s'assurer de la qualité de leur travail. On verra là le rôle des anciens, le lien et la fréquence des récits, la désignation des raconteurs... le degré de formalité du processus.

Selon le juge Vickers, il y a trois catégories de preuves historiques orales : « recollections of aboriginal life » – la description des conditions de vie des autochtones ; légendes et histoires anciennes – en somme la preuve de traditions ; événements historiques – guerres,

13. Témoin expert dans *Tsilhqut'in Nation c. British Columbia*, précité, note 11, par. 149.

14. Jan VANSINA, *Oral Tradition as History*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1985, p. 196, cité dans *Tsilhqut'in Nation c. British Columbia*, précité, note 11, par. 150.

15. *Mitchell c. Ministre du Revenu national*, précité, note 9, par. 27-39.

16. Anthropologue agissant également comme témoin expert dans *Tsilhqut'in Nation c. British Columbia*, précité, note 11, par. 158.

traités, déplacements massifs de populations. Il faut aussi considérer qu'il n'y a pas d'experts autochtones comme tels dans ces sociétés et que les rôles varieront d'un groupe à l'autre, que tous les anciens et raconteurs ne s'entendront pas non plus sur le processus de transmission historique ou sur le message. En fait, c'est un grand ensemble qu'il faut reconstituer, un dossier historique. Dans ce contexte, le docteur von Gerneth¹⁷ met en garde contre les mythes, faisant valoir qu'il a constaté souvent que la même histoire a été adaptée et reprise dans des situations fort différentes, par des groupes fort différents. Mais il s'agit toujours de voir quels critères de fiabilité sont appropriés pour chaque type de preuve. Il en est qui pensent que la preuve orale sert moins à établir les faits que ce que l'on croit, révélant plus de choses sur le peuple autochtone que sur ce qu'il a réellement vécu¹⁸. Pour le juge Vickers, par exemple, ce qui était significatif en traitant d'une légende, c'était de savoir si son origine datait d'avant le premier contact avec les Européens, car son but était de voir ce que la légende disait des activités et de la présence à certains endroits des Tsilhqut'in avant ce premier contact. Une légende concernant une invasion et l'enlèvement de jeunes femmes pourra établir par exemple un lieu de résidence. Les recherches archéologiques pourront parfois aussi être utiles. Il s'agit de savoir ce qui est utile dans les circonstances. Parfois c'est d'établir un cadre historique ; après tout, il y a plusieurs versions de l'histoire concernant la création même du Canada¹⁹.

Comme je l'ai mentionné plus tôt, la première étape en vue d'évaluer la fiabilité de la preuve consiste à établir la fiabilité du témoin. Dans *Mitchell*, la juge en chef mentionne les qualités personnelles du témoin eu égard à la capacité de raconter, de même que le lien entre lui et l'information à communiquer. En pratique, il faudra considérer de nombreux facteurs. Dans *Tsilhq'u'in Nation*, le juge Vickers énumère 13 choses, dont l'ethnie, l'âge, la connaissance de la langue autochtone, l'éducation traditionnelle, le statut, la connaissance de l'anglais écrit ou oral, les liens avec les raconteurs traditionnels... On s'intéressera aussi à l'âge au moment où le témoin a appris l'histoire, son expérience dans la vie de la communauté autochtone, sa réputation, tous ces facteurs devant par ailleurs être considérés

17. Témoin expert pour le gouvernement du Canada dans *Tsilhq'u'in Nation c. British Columbia*, précité, note 11, par. 168 ; plusieurs juges ont exprimé la difficulté de distinguer entre histoire et mythologie – voir la discussion à ce sujet dans Val NAPOLEON, « *Delgamuukw* : A Legal Straitjacket for Oral Histories ? », (2005) 20 *Can. J.L. & Soc.* 123, 149-151.

18. John BORROWS, précité, note 7, par. 15.

19. Brook TAYLOR (éd.), *Canadian History : A Reader's Guide : Beginnings to Confederation*, vol. 1, Toronto, U. of Toronto Press, 1994.

aussi en ce qui concerne la source de l'information. Il est intéressant de noter sous ce rapport que le juge Vickers rejette l'idée qu'il faille un voir-dire dans pareil cas ; son processus fait plutôt place à une discussion générale de la preuve orale qui sera présentée, suivie d'une « enquête » (inquiry) concernant l'aptitude des témoins à offrir une preuve orale fiable. Ceci est important parce que l'admissibilité ne dépend pas de façon ordinaire des indices de fiabilité ultime²⁰. La rigueur relative de ce processus n'est pas acceptée de façon générale et le juge Vickers lui-même a dit ne pas vouloir établir un processus d'application générale²¹. Il y a certes des cas où l'on a procédé de façon plus méthodique pour vérifier l'aptitude du témoin à présenter une preuve fiable ; un bon exemple de ceci est l'affaire *R. c. Haines*²². On pourrait aussi questionner les témoins quant à la question de savoir si leur témoignage a de fait été préparé en vue de la contestation judiciaire. Dans *Zuni Tribe of New Mexico c. U.S.*, la cour a examiné l'expérience et la capacité du témoin de raconter plusieurs fois la même histoire sans variations significatives²³.

Il est difficile de voir dans l'abstrait l'importance que prendra un facteur quelconque dans un cas donné. Dans *William*, certains témoins ne pouvaient pas lire une carte géographique et y situer les localités dont ils parlaient. On questionna aussi la preuve concernant la guerre de 1864 parce qu'elle portait sur les motifs des assaillants. En fait, tout revient au concept de base : pertinence et fiabilité. Dans une revendication territoriale, est-ce que la preuve des valeurs, coutumes et tradition est pertinente ? Sans doute, parce qu'elle lie une communauté à la terre, qui a une signification particulière pour celle-ci. C'est cela qui avait été reconnu aux États-Unis dans *Zuni Tribe*²⁴. Ceci dit, certains tribunaux ont attaché beaucoup d'importance à la fiabilité et hésitent encore à accepter la preuve orale sans qu'elle soit corroborée ou confirmée par des récits analogues : on peut lire à ce propos la décision du juge Nadon dans *Benoît c. Canada*²⁵.

L'autre difficulté, c'est d'établir comment interroger et contre-interroger en cette matière. Dans *William*, c'est surtout pour établir le manque de continuité ou de causalité que le ministère public a

20. *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, par. 217.

21. *Tsilhq'in Nation c. British Columbia*, précité, note 11, par. 23.

22. [2003] 1 C.N.L.R. 191, par. 100-117 (Cour prov. C.-B.).

23. Andrew WIGET, « Recovering the Remembered Past : Folklore and Oral History in the Zuni Trust Lands Damages Case », dans E. Richard HART (éd.), *Zuni and the Courts : A Struggle for Sovereign Land Rights*, Lawrence : University Press of Kansas, 1995, 173, aux p. 177-179.

24. *Zuni Tribe of New Mexico c. U.S.*, 12 CL CT 607 (1987), p. 617, n. 12.

25. (2003), 228 D.L.R. (4^e) 1, 2003 CFA 236 (autorisation d'appel à la CSC refusée).

contre-interrogé les témoins autochtones, pour établir aussi que l'occupation des terres était toujours transitoire. En somme, le ministère public a surtout cherché à montrer que la preuve orale n'était pas compatible avec la preuve matérielle, les documents historiques ou la preuve anthropologique. Les avocats représentant les autochtones se sont plaints du fait que le contre-interrogatoire était une procédure insultante pour les anciens ; ils se sont aussi plaints du fait qu'on ne leur a pas permis de poser des questions suggestives à leurs témoins alors que cela était essentiel pour obtenir un témoignage complet. Selon eux, la culture autochtone fait en sorte que les questions doivent être directes, du genre « avez-vous déjà chassé à cet endroit précis ? Est-ce que vos ancêtres chassaient là aussi ? » Il me semble qu'il faille faire preuve de flexibilité en cette matière et s'attacher à l'objectif véritable, soit de prendre connaissance pleinement de la preuve orale.

On accepte la preuve historique orale pour découvrir toute la vérité, ce qui requiert que l'on fasse une place de choix à la perspective des autochtones. Ce que cela signifie n'est pas toujours bien compris. Selon moi, cela signifie qu'il faut être sensible à la réalité du monde autochtone et analyser la preuve dans un contexte qui n'est pas biaisé par le processus européen. C'est ce que la Cour suprême a reconnu dans l'affaire *Bernard*²⁶ en 2005. Il ne s'agit pas d'être généreux, mais de ne pas imposer un fardeau impossible à rencontrer aux autochtones. Il est clair par exemple que la relation des autochtones avec la terre n'a rien à voir avec les notions de common law ou avec le système féodal dont il tire son origine.

Il faut une preuve fiable, mais une preuve qui puisse s'établir en fonction de principes adaptés au genre de revendications présentées. Il est clair que le critère de base, une preuve nécessaire, utile et fiable, ne sera pas très difficile à satisfaire et que l'admissibilité ne sera pas trop contestée. La valeur probante est une tout autre affaire. *Delgamuukw* a rejeté l'idée que la preuve historique orale est confirmative avant tout, mais il ne dit rien de l'exercice de discrétion en cette matière. Cela nous ramène à la discussion antérieure concernant les différents types de preuve orale. La preuve orale reflète une culture, une manière de vivre, une compréhension particulière de l'histoire. C'est pourquoi elle pose un défi à qui cherche la vérité. Quelle vérité, dira-t-on ! Dans *Van der Peet* on dira que la preuve orale n'a pas suffi à établir l'occupation d'une terre avant le premier contact avec les Européens, mais qu'elle pouvait suffire à établir que la présence

26. *R. c. Bernard*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220.

actuelle est la continuité d'un établissement d'alors. Ce qui compte, c'est que la cour reçoive la perspective des uns et des autres avant de se prononcer. Pour les autochtones, on mesure le temps par des générations ; on ne peut écarter cela du revers de la main...

Pour conclure, je dirai simplement que nous avons progressé dans notre façon d'aborder la question de la preuve historique orale et convenu que celle-ci a une valeur probante, qu'elle peut parfois suffire, qu'elle n'a pas besoin d'être corroborée, même si la corroboration est utile. Nous avons accepté que le juge du procès doive établir un dossier historique aussi complet que possible et que les règles de preuve et de procédure doivent être assouplies à cette fin. Nous avons aussi reconnu que tout ceci ne doit pas être dépourvu de rigueur et que la preuve doit toujours être nécessaire, pertinente et fiable.