

Aspects linguistiques de la preuve par tradition orale en droit autochtone

André Bourcier

Volume 41, Number 2, 2000

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043608ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043608ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this note

Bourcier, A. (2000). Aspects linguistiques de la preuve par tradition orale en droit autochtone. *Les Cahiers de droit*, 41(2), 403–421.

<https://doi.org/10.7202/043608ar>

Article abstract

With its decision in *Delgamuukw v. British Columbia* of December 11, 1997, the Supreme Court of Canada has touched upon two sensitive issues for Aboriginal claims in Canada : the existence of an Aboriginal title and the use of oral tradition to prove such a title. These two notions are related since oral tradition is often essential to support an Aboriginal Title claim. There is however two fundamental differences between oral traditions and historical documents that can create important problems in evaluating such a proof : oral traditions are often conceived and expressed in an aboriginal language spoken by few speakers and the knowledge of what is embedded in these traditions is always dependent on the performance of an individual. The goal of this article is to propose some linguistic evidence used to interpret oral tradition that may help Aboriginal people as well as lawyers to better evaluate the quality of that proof.

Aspects linguistiques de la preuve par tradition orale en droit autochtone*

André BOURCIER**

La décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire Delgamuukw en décembre 1997 est particulièrement importante pour deux aspects des revendications autochtones : le titre aborigène et la preuve par tradition orale. Ces deux notions sont en relation puisque la seconde est souvent essentielle pour revendiquer le premier. Il existe toutefois deux différences fondamentales entre la tradition orale et les documents historiques qui ont un effet important sur le poids à accorder à cette preuve : la tradition orale est souvent conçue et exprimée dans une langue autochtone parlée par un très petit nombre de locuteurs et la connaissance de son contenu est toujours liée à une performance individuelle momentanée. L'objet du présent article est d'offrir certaines indications linguistiques sur l'interprétation de la tradition orale de façon à permettre aux autochtones comme aux juristes de mieux en évaluer la valeur probante.

* Une version antérieure du présent article a été présentée au professeur Ghislain Otis dans le cadre du séminaire « Droit autochtone », en hiver 1999 à l'Université Laval. Nous le remercions pour ses commentaires. Toute erreur pouvant subsister dans le texte devra bien sûr être attribuée à son auteur. Les travaux ayant mené à la rédaction de l'article qui suit ont été subventionnés par le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada. Nous tenons finalement à souligner que notre formation de linguiste ne nous a pas permis de traiter les aspects juridiques de ce type de preuve aussi pleinement que nous l'aurions souhaité.

** Linguiste, Centre international de recherche en aménagement linguistique, Université Laval.

With its decision in Delgamuukw v. British Columbia of December 11, 1997, the Supreme Court of Canada has touched upon two sensitive issues for Aboriginal claims in Canada: the existence of an Aboriginal title and the use of oral tradition to prove such a title. These two notions are related since oral tradition is often essential to support an Aboriginal Title claim. There is however two fundamental differences between oral traditions and historical documents that can create important problems in evaluating such a proof: oral traditions are often conceived and expressed in an aboriginal language spoken by few speakers and the knowledge of what is embedded in these traditions is always dependent on the performance of an individual. The goal of this article is to propose some linguistic evidence used to interpret oral tradition that may help Aboriginal people as well as lawyers to better evaluate the quality of that proof.

	<i>Pages</i>
1. La preuve par tradition orale	407
1.1 La définition du oui-dire	407
1.2 La tradition orale comme exception à la règle du oui-dire	408
2. Une esquisse d'une ethnographie du discours oral autochtone	410
2.1 Le discours rituel	412
2.2 La toponymie	416
3. L'«interprétabilité» de la preuve	419
Conclusion	421

La décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Delgamuukw* en décembre 1997 marque sans doute une étape importante dans la définition des droits ancestraux reconnus aux autochtones canadiens par l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cet arrêt est particulièrement important pour deux aspects centraux des revendications autochtones : la définition du titre aborigène et la recevabilité de la preuve par tradition orale. Ces deux notions sont évidemment en relation puisque la seconde est souvent la preuve principale soumise par les peuples autochtones pour revendiquer le premier. L'utilisation de cette preuve dépasse cependant la seule revendication d'un titre aborigène, et il est probable que

le recours à ce genre de preuve devienne de plus en plus fréquent en droit autochtone.

La preuve par tradition orale présente toutefois plusieurs difficultés. Elle est souvent d'une utilisation et d'une appréciation délicates. Les raisons du jugement *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1991] 3 W.W.R. 97, rendu en première instance par le juge en chef McEachern de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, contiennent plusieurs références à ces difficultés d'appréciation. Ces passages ont d'ailleurs suscité de nombreuses réactions¹. Le juge en chef Lamer, dans l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, a aussi fait écho à ces difficultés :

Devant un tribunal qui adopterait une approche traditionnelle à l'égard des règles de preuve, un grand nombre des caractéristiques des récits oraux joueraient contre l'admissibilité de ces récits et la valeur probante qui doit leur être accordée en tant que preuve d'événements passés. La plus fondamentale de ces caractéristiques est le rôle social général qu'ils jouent, non seulement [traduction] « en tant que moyen de conservation du savoir historique d'une culture » mais aussi comme expression « des valeurs et des mœurs de [cette] culture » : Clay McLeod, « The Oral Histories of Canada's Northern People, Anglo-Canadian Evidence Law, and Canada's Fiduciary Duty to First Nations : Breaking Down the Barriers of the Past » (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 1276, à la p. 1279. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a reconnu ce fait lorsqu'il a affirmé, dans l'arrêt *Kruger c. La Reine* [1978] 1 R.C.S. 104, à la p. 109, que « [l]es revendications de titres aborigènes reposent aussi sur l'histoire, les légendes, la politique et les obligations morales. » La difficulté que posent ces caractéristiques des récits oraux est qu'elles sont tangentielles à la finalité du processus de découverte de la vérité historique. Une autre difficulté créée par les récits oraux est le fait qu'ils sont dans une large mesure constitués de déclarations extrajudiciaires, qui ont été transmises de façon ininterrompue jusqu'à nos jours, au fil des générations d'une nation autochtone. Ces déclarations extrajudiciaires sont admises pour leur véracité, et elles entrent donc en conflit avec la règle générale d'inadmissibilité du oui-dire.

Malgré les problèmes que crée l'utilisation des récits oraux comme preuve de faits historiques, le droit de la preuve doit être adapté afin que ce type de preuve puisse être placé sur un pied d'égalité avec les différents types d'éléments de preuve historique familiers aux tribunaux, le plus souvent des documents historiques².

La position prise ici par le juge en chef Lamer est tout à fait conforme à l'interprétation généreuse et libérale que la Cour suprême du Canada entend donner à l'article 35 (1). Elle soulève toutefois le problème de déterminer des critères pour établir la juste valeur à accorder à ce genre de

-
1. Consulter à ce sujet : F. CASSIDY (dir.), *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*, Lantzville, Oolichan Books, 1992 ; et B.C. MILLER (dir.), coll. « BC Studies, n° 95 », Vancouver, University of British Columbia, 1992.
 2. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, paragr. 86 et 87.

preuve. Il est en effet important que les tribunaux puissent évaluer la preuve qui leur est soumise même si elle n'est pas conforme à l'approche traditionnelle³.

Dans l'arrêt *Van Der Peet*, le juge en chef Lamer avait évoqué la difficulté inhérente à la preuve d'un droit qui remonte à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit :

Pour déterminer si un demandeur autochtone a produit une preuve suffisante pour établir que ses activités sont un aspect d'une coutume, pratique ou tradition qui fait partie intégrante d'une culture autochtone distinctive, le tribunal doit appliquer les règles de preuve et interpréter la preuve existante en étant conscient de la nature particulière des revendications des autochtones et des difficultés que soulève la preuve d'un droit qui remonte à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit. Les tribunaux doivent se garder d'accorder un poids insuffisant à la preuve présentée par les demandeurs autochtones simplement parce que cette preuve ne respecte pas de façon précise les normes qui seraient appliquées dans une affaire de responsabilité civile délictuelle par exemple⁴.

Il existe toutefois deux différences fondamentales entre la tradition orale et les documents historiques qui ont un effet important sur le poids à accorder à cette preuve : la tradition orale est souvent conçue et exprimée dans une langue autochtone parlée par un très petit nombre de locuteurs et la connaissance du contenu de cette tradition est toujours liée à une performance individuelle momentanée. Ces différences et les effets qu'elles peuvent avoir sur l'interprétation du texte sont connus et sont étudiés depuis longtemps par les linguistes. L'objet du présent article est d'offrir certaines indications linguistiques sur l'interprétation de la tradition orale de façon à permettre aux autochtones comme aux juristes de mieux en évaluer la valeur probante. Nous chercherons tout d'abord à comprendre ce qu'est le ouï-dire et à situer la preuve par tradition orale dans les exceptions à la règle de l'irrecevabilité du ouï-dire. Nous exposerons ensuite l'esquisse d'une ethnographie du discours oral chez les populations autochtones d'Amérique du Nord et nous tenterons finalement d'exposer un certain nombre de caractéristiques du discours rituel et de la toponymie qui devraient servir de guide dans l'évaluation de ce type de preuve.

-
3. La position de Clay McLeod à ce sujet nous semble ambiguë : « Statements made by Indian elders about oral history bear their own « special stamp of reliability » ; C. McLEOD, « The Oral Histories of Canada's Northern People, Anglo-Canadian Evidence Law, and Canada's Fiduciary Duty to First Nations : Breaking Down the Barriers of the Past », (1992) 30 *Alta. L. Rev.* 1276, 1289. S'il est évident que les aînés sont les sources documentaires principales de la tradition orale et qu'il faut accepter qu'ils puissent être les seuls à connaître cette tradition, il serait difficile de croire que la seule connaissance de cette tradition soit garante de la qualité de sa valeur probante.
 4. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, paragr. 68.

1. La preuve par tradition orale

Le juge en chef Lamer, dans l'affaire *Delgamuukw*, établit un lien direct entre la tradition orale autochtone et le oui-dire. Il semble donc important ici de donner une définition du oui-dire et d'explicitier les raisons pour lesquelles il est normalement jugé irrecevable comme preuve. Nous présenterons aussi un exemple d'exception à la règle d'irrecevabilité du oui-dire susceptible d'apporter un certain éclairage sur la façon d'aborder la preuve par tradition orale.

1.1 La définition du oui-dire

Dans son ouvrage sur la preuve civile, Jean-Claude Royer donne la définition suivante du oui-dire :

Dans le langage courant, le oui-dire désigne la connaissance qu'une personne acquiert par les propos d'une autre ou par la rumeur publique. Dans le langage judiciaire, le oui-dire a un sens quelque peu différent. En common law, la jurisprudence a traditionnellement restreint cette notion à la preuve d'une déclaration extrajudiciaire offerte pour établir sa véracité et faite par une personne qui ne témoigne pas devant le tribunal⁵.

La tradition orale est un exemple patent de oui-dire. Lorsqu'un aîné est appelé devant la cour pour produire un élément de tradition orale, il fait une déclaration rapportant des événements dont il n'a pas été témoin. À vrai dire, il rapporte les paroles d'un tiers, qui les tenait lui-même souvent d'une autre personne. Cet élément de tradition s'est évidemment transmis dans un cadre extrajudiciaire. Aucune des déclarations successives qui ont intégré les faits rapportés à la tradition ne constitue un document juridique. Finalement, la production devant la cour de la déclaration qu'a reçue l'aîné-témoin n'a pas pour objet de prouver qu'une déclaration a eu lieu mais plutôt de prouver la véracité des faits qu'elle contient. L'aîné appelé pour venir énoncer un élément de tradition orale ne peut donc pas être contre-interrogé sur la nature des faits rapportés puisqu'il n'est pas l'auteur de la déclaration. Quant à l'auteur présumé de la déclaration, il est impossible de le faire témoigner et il ne peut pas non plus être contre-interrogé. Les fondements de l'exclusion du oui-dire comme preuve tiennent donc surtout à son aspect extrajudiciaire :

En common law, différents motifs ont été énoncés pour justifier l'exclusion du oui-dire. La doctrine et la jurisprudence ont plus particulièrement invoqué la règle de la meilleure preuve, le risque de fraude ou d'inexactitude résultant de la répétition par un témoin des propos prononcés par un autre et le fait que l'auteur d'une

5. J.-C. ROYER, *La preuve civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1987, paragr. 665, pp. 242-243.

déclaration extrajudiciaire n'était pas assermenté, présent devant le tribunal et assujéti au contre-interrogatoire. Cette dernière motivation est considérée aujourd'hui comme la raison principale et fondamentale de l'irrecevabilité du ouï-dire⁶.

1.2 La tradition orale comme exception à la règle du ouï-dire

Il existe toutefois de nombreuses exceptions à la règle d'irrecevabilité du ouï-dire. Plusieurs ont été créées par la jurisprudence, d'autres ont été codifiées. La doctrine a toutefois réussi à dégager deux principes qui justifient l'ensemble de ces exceptions :

Dans un effort de rationalisation, la doctrine a néanmoins dégagé deux principes justifiant les exceptions à l'interdiction du ouï-dire, soit la nécessité et la fiabilité. Une preuve est admise s'il est impossible ou difficile de faire comparaître devant le tribunal un déclarant qui a consigné ou exprimé des faits dans des circonstances qui en garantissent la véracité. Parfois, la fiabilité de la déclaration est telle qu'elle est recevable malgré la disponibilité de son auteur⁷.

Le principe de la nécessité pour recevoir la preuve par tradition orale en droit autochtone a été reconnu dans l'affaire *Van Der Peet* et dans l'affaire *Delgamuukw*, comme nous l'avons vu. Quant au principe de la fiabilité, il est un peu plus difficile à circonscrire. La valeur probante de la tradition orale conçue comme ouï-dire semble en partie dépendre de la capacité d'un témoin à se souvenir exactement des paroles qui lui ont été confiées. Ce témoin n'est toutefois garant que de la déclaration qu'il a reçue de sa source directe. Il ne saurait garantir que les paroles qu'il rapporte sont exactement les mêmes que celles qu'a reçues sa source directe si cette dernière n'a pas été elle-même témoin des faits consignés dans la tradition. Il faut aussi se rappeler que le terme « tradition » implique plus qu'une simple connaissance individuelle d'une déclaration. La tradition orale ne dépend pas de la mémoire d'un individu mais bien de la mémoire collective d'une communauté donnée. La fiabilité d'un élément de tradition orale devrait donc reposer non seulement sur la connaissance collective des faits mais aussi sur la connaissance collective des individus ayant constaté ces faits et de l'existence de déclarations précises pouvant aujourd'hui en confirmer la véracité. L'aîné qui produit un élément de tradition ne serait ainsi qu'une voix prêtée à cette mémoire collective. Ce serait donc cette dernière qui se porterait garante de l'exactitude des paroles rapportées grâce à sa capacité de préserver les textes importants qui constituent la tradition orale d'une communauté.

6. *Id.*, paragr. 662, p. 241.

7. *Id.*, paragr. 697, pp. 257-258.

Il existe une exception de common law à la règle d'irrecevabilité du oui-dire qui correspond à l'idée de connaissance collective. C'est l'exception pour les déclarations relatives à un droit public ou général :

En common law, les déclarations faites par des personnes décédées concernant l'existence réputée d'un droit public ou général sont, sous certaines conditions, admissibles en preuve. Un droit public appartient à tous les membres de la société. C'est le cas d'un droit de passage sur une voie publique ou d'un droit de pêche dans une rivière déterminée. Un droit général concerne une partie importante de la société. C'est le cas de la limite territoriale d'une municipalité, d'un comté ou d'une paroisse.

Cette exception à la règle du oui-dire est aussi motivée par la nécessité et la fiabilité. La nécessité résulte du décès des déclarants tandis que la fiabilité découle de la notoriété publique d'un fait qui affecte la totalité ou une partie importante d'une communauté.

La preuve d'une déclaration relative à un droit public ou général est admise à la condition qu'elle soit faite avant la naissance du litige par une personne maintenant décédée. Si elle porte sur un droit général, il faut établir que le déclarant en avait une connaissance véritable. Cette dernière exigence n'est pas requise s'il s'agit d'un droit public, puisque toute personne est présumée en avoir la connaissance requise⁸.

À partir de cette discussion, il semble possible de mettre en évidence les éléments importants pour établir la fiabilité d'un élément de tradition orale jugé recevable comme preuve grâce à une exception à la règle d'irrecevabilité du oui-dire. La tradition orale présentée à titre de preuve en droit autochtone devrait correspondre à la déclaration d'une personne décédée concernant des faits remontant à une période antérieure à la naissance du litige. Dans le cas d'un titre aborigène, la période de référence est antérieure à l'affirmation de la souveraineté britannique⁹. La collectivité autochtone visée devrait dès lors avoir une connaissance suffisante de la déclaration pour en assurer la fiabilité en tant qu'élément de tradition. Enfin, la personne à l'origine de cette déclaration devrait avoir eu une connaissance suffisante de ces faits et devrait les avoir consignés ou exprimés dans des circonstances qui en garantissent la véracité.

Ce dernier point est tout particulièrement important puisqu'il demande une évaluation des circonstances dans lesquelles se transmet la tradition orale. Or elles sont possiblement très différentes des conditions dans lesquelles se crée l'histoire dans les sociétés occidentales modernes. Il convient donc ici de rendre ces circonstances explicites.

8. *Id.*, paragr. 721-723, p. 266.

9. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, paragr. 114.

2. Une esquisse d'une ethnographie du discours oral autochtone

Il est sans doute nécessaire de souligner au départ que tout n'est pas oral dans la tradition des peuples autochtones. Dans les sociétés traditionnelles, la démonstration est souvent le moyen privilégié pour transmettre des éléments de culture importants d'une génération à une autre. Une démonstration peut s'accompagner de paroles, pour mieux faire comprendre les aspects plus occultes des pratiques enseignées, mais elle peut tout aussi bien s'effectuer en silence. Il est même courant, chez certains aînés chargés de l'enseignement, de s'attendre que les disciples soient silencieux durant tout l'apprentissage. La relation qui s'établit entre le maître, le disciple et l'environnement est alors perçue comme possédant en soi toutes les vertus nécessaires à un apprentissage complet¹⁰.

Ce mode d'enseignement est très différent de l'enseignement généralement proposé dans la société canadienne. Tout comme dans les sociétés occidentales modernes, la transmission des connaissances y est abstraite et institutionnalisée. L'élève va à l'école, l'enseignant lui parle, il étudie dans des livres, il prend des notes. Le tout se déroule dans un bâtiment aseptisé où les seuls objets réels sont des tables et des chaises. Ce mode d'enseignement a évidemment des effets sur la langue d'enseignement. L'immuabilité du vocabulaire, par exemple, est une notion importante pour le mode d'enseignement institutionnalisé puisqu'elle permet de représenter la réalité physique environnante hors de toute circonstance particulière et d'en faire l'apprentissage sans faire appel à l'évidence matérielle. Dans les sociétés occidentales modernes, le discours est ainsi devenu une réalité essentielle et autonome.

Dans plusieurs sociétés autochtones, le discours est plutôt perçu comme une réalité contingente appuyant, lorsque c'est jugé nécessaire, une réalité physique évidente et démontrable¹¹. Le discours oral, dans ces sociétés, n'a pas nécessairement une valeur d'évocation plus précise que la danse du tambour, le mâât totémique ou l'*inuksuk*. Ces différences ont évidemment un effet sur la tradition orale. Il est possible, par exemple, que

10. La nécessité de l'apprentissage par l'exemple dans la tradition autochtone est un fait connu des tribunaux et a même été acceptée comme un droit ancestral accessoire. Voir *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, paragr. 56.

11. La note suivante illustre bien ce fait : « It is extremely difficult to get the native to go beyond the immediate vicinity in which he lives while relating these stories and legends. They invariably maintain that it was « here » that the event took place » ; L. TURNER, *Ethnology of the Ungava Bay District, Hudson Bay Territory*, Eleventh Report of the Bureau of Ethnology, Washington, Smithsonian Institution, 1894 (réimprimé sous le titre *Indians and Eskimos in the Quebec-Labrador Peninsula*, Québec, Presses Coméditex et Association Inuksiutiit, 1979, p. 97).

certains éléments essentiels de la culture autochtone distinctive ne soient jamais nommés dans les récits oraux. Il se peut aussi que certains gestes ou objets ne portent un nom que dans ces récits ou encore qu'ils possèdent des synonymes dont l'usage est exclusivement réservé à ces récits. Parce que le lien entre la réalité environnante et le discours oral n'est pas rompu, le locuteur autochtone jouit souvent d'une grande liberté dans la façon de désigner les choses.

Le rôle de l'art oratoire est aussi très important dans ces communautés. Plusieurs autochtones considèrent qu'ils n'ont pas à parler s'ils n'ont rien d'important à dire ou s'ils ne sont pas convaincus du bien-fondé de leurs sources. Ce dernier aspect est particulièrement frappant puisque de nombreuses langues autochtones possèdent des marqueurs grammaticaux dont la fonction est justement d'exprimer le degré de certitude du locuteur à l'égard des paroles ou des événements rapportés dans un énoncé¹². La capacité de bien s'exprimer oralement est aussi souvent perçue comme une qualité morale pouvant asseoir l'autorité d'un chef :

A Pomo chief commented: « My grandfather made a long speech in the sweathouse; he spoke for about twenty minutes; oh, how he could speak! the words just flowed and flowed, so easy, so smooth; he was a great speaker. Then, he led me four times around the room. Then he said to the people, « This is my wampum with which we have taken care of our people; now we have given it to him as a sign that we resign our post to him. » Then he told me to make a speech [...] That's how I was made a chief. I acted as chief for some years; I got used to make speeches. »

[...] Another example, from an Apache speaker, shows what is expected of a skilled orator: « The leader has to be a good man, a good talker [...] He always has much to say. When anything is pending, he is asked about it, and he gives his opinion. What he says is respected, and his advice is usually followed. » (Opler 1941[...])¹³.

La discussion précédente met en perspective le cadre dans lequel évolue la tradition orale autochtone. Pour apprécier la valeur probante de cette tradition, il ne faut pas chercher à identifier sa fonction dans une société autochtone à la fonction qu'occupe le discours oral dans les sociétés occidentales modernes. Il faut plutôt essayer de replacer cette tradition dans les fonctions qu'elle pouvait avoir dans une société où la parole

12. Consulter à ce sujet : W. CHAFE et J. NICHOLS, *Identity: The Linguistic Coding of Epistemology*, Norwood, Ablex Publishing Corporation, 1986.

13. E.M. LOEB, *Pomo Folkways*, coll. « Publications in American Archeology and Ethnology », vol. 19, n° 2, Berkeley, University of California Press, 1926 ; M.E. OPLER, *An Apache Life-Way: The Economic, Social and Religious Institutions of the Chiricahua Indians*, Chicago, University of Chicago Press, 1941 ; tous deux sont cités dans W.C. STURTEVANT, *Handbook of North American Indians*, t. 17, Washington, Smithsonian Institution, 1996, p. 229.

possédait des vertus particulières. Cette esquisse nous permet aussi de comprendre que les circonstances dans lesquelles un individu consignait l'existence de certains faits dans la tradition orale d'une collectivité étaient, en général, très précises. Ces circonstances s'incarnent toutefois d'une façon particulière dans chacun des éléments de cette tradition. Nous chercherons donc, dans les deux prochaines sections, à montrer les conditions d'existence particulières de deux éléments importants de la tradition orale, soit le discours rituel et la toponymie.

2.1 Le discours rituel

Il est très difficile de diviser la tradition orale autochtone en genres littéraires distincts dont les limites seraient bien définies. Dans les sociétés occidentales modernes, la différence entre histoire, mythe, légende, conte et fable s'appuie souvent sur la valeur de vérité prêtée au texte et sur la fonction qu'il exerce dans l'imaginaire collectif. Les mythes et les légendes, par exemple, sont souvent tissés dans les pratiques sociales d'une communauté particulière. Cette dernière leur accordera donc une valeur de vérité plus grande qu'aux contes ou aux fables, sans pour autant leur donner la valeur d'un document historique. Le mélange des genres, dans un texte oral ou écrit, peut ainsi rendre difficile l'appréciation de son degré de réalité ou de vérité historique.

Le lien qui unit le genre littéraire et la valeur de vérité que les individus lui accordent peut aussi varier d'une culture à une autre. Chez certains groupes autochtones par exemple, il est possible de regrouper l'ensemble de la tradition orale sur une base dichotomique opposant le vrai à l'imaginaire. La classification des genres littéraires ainsi obtenue est toutefois différente de celle à laquelle certaines personnes pourraient s'attendre :

Parks (1991, 3:49) provides another classification based on native perspective and terminology, this time for Arikara. He divides oral traditions into « true sorties » (unnamed) and « tales ». The category « true stories » includes far more than Euro-American society would consider « true »; it is divided into sacred stories (world origins, mythic dramas, visionary encounters, legends) and nonsacred stories (historical narratives and supernatural occurrences). Prayers and songs are also considered to be « true stories ». The category « tales » includes trickster tales, animal tales, and adventure stories¹⁴.

Si un peuple autochtone revendique un droit ancestral sur la base d'une vision d'un de ses membres, il peut devenir extrêmement difficile

14. D.R. PARKS, *Traditional Narratives of the Arikara Indians*, t. 4, Lincoln, University of Nebraska Press, 1991 ; cité dans W.C. STURTEVANT, *op. cit.*, note 13, p. 245.

pour la cour d'évaluer la valeur probante de cette vision. Un écho à ce sentiment apparaît d'ailleurs dans certains commentaires du juge en chef McEachern :

Même si, plus tôt, dans sa décision sur l'admissibilité, il [le juge de première instance] avait reconnu qu'il était impossible de séparer facilement les aspects mythologiques des aspects [TRADUCTION] « réels » de ces récits oraux, il a écarté l'adaawk et le kungax parce qu'ils n'étaient pas « littéralement vrais », qu'ils mélangeaient « les faits et les croyances », qu'ils « comportaient des éléments qui pourraient être qualifiés de mythologiques » et qu'ils évoquaient une « vision romanesque » de l'histoire des appelants¹⁵.

D'un autre côté, ce serait sans doute accorder une importance indue à l'opinion de la société non autochtone que de rejeter *a priori*, comme élément de preuve, une vision qui pourrait être à la base de plusieurs pratiques dans un groupe autochtone. La preuve par tradition orale cherche à établir des faits historiques et non à évaluer l'explication rationnelle que chacune des cultures en présence peut proposer de la cause de ces faits. C'est ici qu'apparaissent les caractéristiques « tangentielles à la finalité du processus de découverte de la vérité historique¹⁶ » de la tradition orale.

La fiabilité d'un récit reçu grâce à une exception à la règle d'irrecevabilité du oui-dire doit aussi être conçue comme un problème distinct de son interprétation. La fiabilité est une condition préalable à l'établissement de la valeur probante d'un récit. Elle ne devrait donc pas dépendre d'une conception ethnocentrique de la réalité. Le désir de la cour est avant tout, ici, de concilier la nature du oui-dire, qui semble imposer arbitrairement une certaine connaissance des faits, et la nature orale de la tradition, qui exige toujours l'intervention d'un individu.

Il ne faut cependant pas oublier que ce problème ne se pose pas différemment aux populations autochtones elles-mêmes. La société autochtone fonde plusieurs de ses pratiques sur la tradition orale même si l'accès à cette dernière est toujours réalisé par l'entremise d'un locuteur donné. Comment une population autochtone peut-elle concilier la faillibilité de l'individu et l'infailibilité de la tradition ? D'où vient l'autorité d'un élément particulier de tradition orale pour les populations qu'il concerne ?

L'autorité qui soutient un énoncé exprimant un élément de tradition peut fort bien venir de la réalité environnante. Il est évident en soi que l'eau d'une rivière coule des terres hautes vers les terres basses, par exemple. Dans le cas d'un énoncé rapportant un événement passé ou un élément mythique, rituel ou sacré, le locuteur ne peut faire appel à la réalité concrète

15. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 2, paragr. 97.

16. *Supra*, note 2.

environnante pour appuyer l'autorité de cet énoncé. Toutefois, l'absence d'évidence ne veut pas forcément dire que ces énoncés seront mis en doute par la population. Il est en effet plutôt rare qu'une population mette en cause sa tradition. Des recherches linguistiques ont cependant montré que la tradition orale utilise souvent des moyens formels pour soutenir l'autorité d'un énoncé. Cette hypothèse a été récemment formulée dans une étude sur le discours rituel :

A statement is sometimes called self-evident if it is considered a basic or foundational tenet of a particular culture - one that is ordinarily presupposed and, indeed, would ordinarily remain unremarked [...] I propose a somewhat different, technical definition of « self-evident »: An utterance is self-evident if the evidence (or authority) for it is found in the utterance itself. The utterance does not receive its authority through appeal to external evidence such as seeing or hearing an event, but from characteristics internal to the utterance itself. I include « authority » in the definition because it is more typically authority, and not evidence strictly conceived, which resides in the utterance. Self-evidence, in this sense, can be established as such only for particular cultures. Members in the grip of a particular culture will accept, perhaps unconsciously, that certain utterances carry their authority within themselves¹⁷.

Dans cette étude, Du Bois a cherché à découvrir les éléments linguistiques qui pourraient donner une valeur d'évidence en soi aux énoncés et ainsi les distinguer des énoncés du discours spontané des populations autochtones. Parmi les éléments formels reconnus, il note l'utilisation d'un grand nombre d'archaïsmes, d'emprunts, d'euphémismes et de métaphores. Certains de ces éléments lexicaux ne sont utilisés que dans les textes rituels, les réalités qu'ils désignent possédant habituellement une autre dénomination dans le langage courant. Les discours rituels sont aussi souvent marqués par l'emploi de doublets sémantiques et grammaticaux, c'est-à-dire la représentation d'une même réalité sous deux formes linguistiques différentes dans deux énoncés successifs¹⁸. Finalement, les récits rituels possèdent souvent une intonation et une fluidité particulières qui les démarquent du discours oral spontané. Tous ces moyens linguistiques sont observables et leurs effets sur la forme de l'énoncé correspondent même assez bien à l'impression de « litanie » et d'« énumération » ressentie par le juge en chef McEachern à l'égard de l'*adaawk* et du *kungax*¹⁹.

17. J.W. DU BOIS, « Self-Evidence and Ritual Speech », dans W. CHAFE et J. NICHOLS, *op. cit.*, note 12, pp. 322-323.

18. Consulter à ce sujet : J.J. FOX, « Our Ancestors Spoke in Pairs' : Rotinese Views of Language Dialect, and Code », dans R. BAUMAN et J. SHERZER, *Explorations in the Ethnography of Speaking*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989. L'effet obtenu ressemble à une « rime » sémantique.

19. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 2, parag. 93.

Pour Du Bois, la structure particulière du discours rituel a pour fonction de remplacer les limitations individuelles du locuteur par un discours qui sera évident en soi pour tous les membres d'une communauté :

In the utterance of the ritual practitioner, the prescribed form of speech tends to obliterate the indexing of individual personality. In place of distinctive voice, intonation, hesitation, rhythm, sentence structure, is a voice made uniform and intonationally inexpressive, a pauseless automatic flow of ritual syllables within given structures, where any imposition of proximate speaker control is checked at every hand. The ethical voice of ritual is not that of a second mimicked individual, with all his idiosyncratic traits, but of an idealized form. It is a voice which can index no personal origin. The groundwork is thus laid for a belief that the ritual practitioner channels words derived from, at best, the nebulous ancestors, or more simply, from nowhere²⁰.

La structure formelle du discours rituel se présente comme un artefact, comme une construction préalable, qui n'est pas compatible avec le discours spontané. Le locuteur n'intervient pas dans le discours rituel, il ne choisit pas les mots, ni les intonations, ni l'ordre dans lequel les énoncés se succèdent (présence de doublets). Tous ces choix ont été faits à une époque antérieure à la performance particulière du locuteur. La désignation des individus qui ont fait ces choix n'a pas à être déclarée, mais l'utilisation des archaïsmes renforce le sentiment que la tradition orale vient des lointains ancêtres ou des héros eux-mêmes, dans le cas des légendes. L'origine de la tradition importe peu. Ce qui compte vraiment, c'est que la structure formelle du récit et sa répétition dans les cérémonies traditionnelles peuvent contrer la faillibilité naturelle du locuteur. La codification d'une telle structure dans une tradition orale exige plusieurs années de performance, pour figer la forme du récit et intégrer les différents éléments formels dont nous avons parlé. La structure formelle d'un récit rituel devrait donc pouvoir être considérée comme une preuve de l'existence préalable et de la continuité de la tradition orale selon les termes de l'arrêt *Van Der Peet*.

Le juge en chef McEachern avait aussi émis des doutes sur l'authenticité des récits oraux parce qu'ils n'étaient connus que de très peu de gens :

Il [le juge de première instance] a aussi dit douter de l'authenticité de ces récits oraux spéciaux (à la page 181) parce que, entre autres [TRADUCTION] « le groupe témoin est si restreint qu'on ne peut, sans risque, considérer même qu'il exprime la commune renommée au sein de la communauté indienne, encore moins au sein de la communauté plus large, dont la possibilité de contester les revendications territoriales serait essentielle du point de vue de la valeur probante²¹. »

20. J.W. DU BOIS, *loc. cit.*, note 17, 333.

21. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 2, paragr. 97.

Compte tenu de ce qui a été dit précédemment, il n'est pas étonnant que ces textes soient peu connus. La structure formelle des textes rituels, qui les distingue du discours spontané des individus du peuple autochtone visé, rend aussi leur apprentissage difficile. Les archaïsmes, les emprunts, les euphémismes et les métaphores en font des textes ardues à comprendre, alors que l'intonation particulière et le parallélisme des structures (doublets) peuvent les rendre difficiles à prononcer. L'apprentissage de ces récits exige ainsi plusieurs années de pratique.

Ces raisons expliquent que les aînés et les shamans, par exemple, se spécialisent dans la préservation et la transmission de ces récits. La petitesse du groupe de locuteurs capables de réciter et d'interpréter le récit rituel peut même augmenter sa valeur d'évidence en soi :

The impression of ritual language on its hearers is one of some strangeness. The use of dialect variants contributes to this strangeness. Words are used in a variety of ways that make them slightly discrepant from their ordinary usage; but the concurrence of each of these words with another that signals its sense creates a kind of resonant intelligibility that varies from individual to individual. That ritual code, in its entirety, is probably beyond the comprehension of any of its individual participants. To these participants, it is an ancestral language which they continue. It is a language into which individuals « grow » as their age and acquaintance increase. This process should last a lifetime and tales are told of former elders, who — as they approached extreme old age — ceased to speak ordinary language and uttered only ritual statements²².

Il semblerait donc justifié que la connaissance suffisante par l'ensemble de la communauté d'une déclaration qui constitue un élément de tradition orale soit interprétée largement par les cours.

2.2 La toponymie

L'élément linguistique le plus probant d'une occupation territoriale est sans aucun doute la toponymie en langue autochtone. Le fait de donner un nom aux éléments topographiques les plus caractéristiques du territoire occupé est une pratique sociale universelle. Dans le cadre précis de la revendication d'un titre aborigène, il est cependant nécessaire de circonscrire cette activité pour s'assurer que la toponymie peut véritablement faire le lien entre l'occupation du territoire et le peuple autochtone visé.

La définition donnée dans l'affaire *Delgamuukw* quant au critère applicable pour prouver l'existence d'un titre aborigène offre un cadre de référence précis pour évaluer la pertinence de la toponymie :

22. J.J. Fox, *loc. cit.*, note 18, 83.

Pour établir le bien-fondé de la revendication d'un titre aborigène, le groupe autochtone qui revendique ce titre doit satisfaire aux exigences suivantes : (i) il doit avoir occupé le territoire avant l'affirmation de la souveraineté ; (ii) si l'occupation actuelle est invoquée comme preuve de l'occupation avant l'affirmation de la souveraineté, il doit exister une continuité entre l'occupation actuelle et l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté ; (iii) au moment de l'affirmation de la souveraineté, cette occupation doit avoir été exclusive²³.

Le point central de ce critère est que le groupe autochtone doit pouvoir démontrer une occupation *suffisante et exclusive* du territoire. Celle-ci peut être prouvée par différents moyens, par l'existence d'établissements permanents, par exemple, ou encore par la découverte de sites archéologiques. Il ne saurait cependant être question d'exiger ce genre de preuve comme condition *sine qua non* puisque cela éliminerait la plupart des revendications des sociétés nomades. La tradition orale devrait donc pouvoir aussi être utilisée comme élément de preuve, bien qu'elle ne laisse aucune évidence physique sur le terrain. Il ne fait aucun doute que l'analyse toponymique peut démontrer un lien entre les éléments topographiques caractéristiques d'un territoire et leur nom dans une langue autochtone particulière, et ainsi prouver une certaine connaissance du territoire. Il est toutefois beaucoup plus difficile d'utiliser la toponymie pour prouver l'occupation suffisante et exclusive d'un territoire.

Les insuffisances de la toponymie ont été clairement énoncées par le linguiste Gordon Day²⁴. D'après lui, la possibilité d'établir avec certitude le territoire ancestral d'un groupe autochtone en utilisant la toponymie se heurte à quatre difficultés. La première est que la toponymie autochtone ne permet pas de distinguer les toponymes de lieux occupés des toponymes de lieux simplement visités. Il est ainsi possible qu'un groupe possède des toponymes dans sa langue pour décrire des lieux qui ont toujours été occupés par un autre groupe. Il est possible, par exemple, qu'un groupe conduisant une expédition guerrière en territoire ennemi puisse nommer certains lieux sans pour autant « occuper » le territoire.

La deuxième difficulté tient au caractère linéaire de la notion de frontière. Les frontières entre les groupes autochtones devraient être considérées comme des zones tampons plutôt que comme des traits bien définis sur une carte. L'occupation de la zone frontière n'est pas exclusive à un seul groupe. Il peut donc être difficile de déterminer, sur cette unique base, qui exerçait la « capacité d'exclure autrui²⁵ » sur ces terres. Il est aussi

23. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 2, paragr. 143.

24. G.M. DAY, « Indian Place-Names as Ethnological Data », dans W.W. COWAN (dir.), *Actes du Huitième Congrès des algonquinistes*, Ottawa, Carleton University Press, 1977, p. 29.

25. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 2, paragr. 155.

normal, si la frontière est vue comme une limite, que les éléments topographiques les plus caractéristiques du territoire de chaque côté de cette limite possèdent un toponyme dans chacune des langues en contact.

La troisième difficulté concerne la valeur historique d'un toponyme. Les noms de lieux ne sont pas des réalités immuables. Il est possible que certains lieux soient renommés à plusieurs reprises en fonction des événements qui leur sont attachés à différentes époques. Il est souvent très difficile d'établir qu'un toponyme est plus ancien que sa première mention dans un document historique. La prudence est donc de mise dans l'utilisation de la toponymie comme preuve d'un droit *sui generis*.

Enfin, la quatrième et dernière difficulté est liée au fractionnement linguistique des langues autochtones en Amérique du Nord. Il est beaucoup plus facile d'établir une limite géographique entre deux peuples qui parlent des langues autochtones appartenant à des familles différentes que d'établir la pérennité d'un toponyme entre deux groupes parlant des dialectes d'une même langue.

Ces difficultés ne remettent pas en question la valeur de la toponymie. Elles indiquent plutôt que celle-ci n'est pas une panacée dans la revendication d'un titre aborigène. Elles montrent aussi que le besoin de consulter les peuples voisins est essentiel à l'utilisation de la toponymie comme élément de preuve. L'analyse de la situation géographique des autres groupes linguistiques permet non seulement d'établir avec plus de précision la localisation géographique du titre aborigène propre, mais elle devrait aussi permettre d'étendre les revendications aux zones tampons sur la base d'un titre conjoint. Quant aux difficultés présentées par les dialectes d'une même langue, il est possible d'en diminuer les effets si certains aspects techniques de l'analyse linguistique de la toponymie sont respectés.

Les règles de l'analyse linguistique de la toponymie ont été clairement exprimées dans un article de Lounsbury paru en 1960²⁶. La première de ces règles concerne la prononciation des toponymes. Lors de la création des premières cartes géographiques, les cartographes européens ont essayé de transcrire les sons des langues autochtones en utilisant l'orthographe du français, de l'anglais ou même du hollandais. L'analyse contemporaine d'un toponyme datant du XVII^e ou du XVIII^e siècle doit essayer de rendre explicites les corrélations entre cette orthographe et la connaissance que nous avons maintenant du système phonologique des langues autochtones.

26. F.G. LOUNSBURY, « Iroquois Place-Names in the Champlain Valley », dans *Report of the New York-Vermont Interstate Commission on the Lake Champlain Basin*, coll. « Legislative Document n° 9 », Albany, 1960, p. 27.

La deuxième règle tient à la signification à donner aux noms de lieux. Celle-ci doit tenir compte du sens de chacun des suffixes, préfixes ou bases de mots présents dans le nom autochtone. Une analyse linguistique doit chercher à expliquer le sens du toponyme sans omettre ni ajouter d'éléments significatifs.

La troisième règle est de tenir compte de la structure grammaticale de la langue d'origine. La façon de créer des noms composés n'est pas la même dans une langue autochtone et dans des langues indo-européennes comme le français et l'anglais. Il est aussi important de comprendre la manière dont les adjectifs épithètes sont employés ou encore de noter les différentes indications de mode, de temps, de personne ou de nombre qui peuvent être présentes dans certains noms.

Enfin, la quatrième règle est de rendre explicite le lien entre les éléments caractéristiques du terrain et le toponyme. Ce lien peut quelquefois être difficile à établir si le nom du lieu évoque un événement historique et qu'aucun élément significatif n'indique sa localisation.

Il est très difficile d'offrir une interprétation parfaitement exacte d'un toponyme en suivant chacune de ces règles. Il faut souvent se contenter d'une interprétation partielle. Ces règles représentent pourtant le moyen méthodologique le plus sûr de valider une interprétation. Bien qu'il soit rarement possible d'affirmer que l'interprétation d'un toponyme est parfaitement exacte, il est possible de garantir, si ces règles sont suivies, qu'il n'existe aucun vice apparent dans l'interprétation suggérée par un groupe autochtone.

3. L'«interprétabilité» de la preuve

Nous avons cherché jusqu'ici à montrer qu'il était possible d'appuyer la valeur probante de la tradition orale par une analyse linguistique de ses éléments. Il est cependant important de se rappeler que le contexte actuel des langues autochtones au Canada ne permet pas nécessairement aux différents groupes autochtones de présenter leurs traditions orales à la cour en utilisant leur langue ancestrale. Plus de dix familles de langues autochtones sont représentées au Canada. Elles regroupent près d'une cinquantaine de langues différentes qui se divisent elles-mêmes en de nombreux dialectes et sous-dialectes. Certains dialectes ne sont aujourd'hui parlés que par quelques aînés. Les raisons de cette érosion linguistique sont multiples, mais il est évident que ces langues ne seraient pas disparues aussi rapidement sans l'intervention malheureuse de l'État. Il ne saurait donc être question de considérer, dans ces circonstances, que certains peuples autochtones ne peuvent plus faire appel à leur tradition orale comme

élément de preuve parce qu'ils n'ont pas su préserver la vitalité de leur langue ancestrale dans leurs communautés et qu'il leur est maintenant difficile d'assurer seuls l'interprétation et la fiabilité de cette tradition.

Il est souvent possible d'utiliser les esquisses grammaticales produites par les missionnaires à différentes époques pour compléter la connaissance des locuteurs pour les langues autochtones qui sont aujourd'hui moins utilisés. Malheureusement, les travaux des missionnaires ne sont pas tous d'égale qualité. Certains avaient une excellente oreille et ont consigné plusieurs éléments de tradition orale intéressants. D'autres n'ont retenu des langues autochtones que de douteuses traductions de la Bible ou de psaumes. Plusieurs autres, enfin, n'ont pas su reconnaître qu'ils consignaient, dans un même lexique, des éléments de langues différentes. Il faut donc être prudent dans l'utilisation de ces documents.

Il existe aussi un grand nombre de travaux traitant de la grammaire historique des langues autochtones qui peuvent être utilisés de nos jours pour reconstituer la structure de langues pratiquement disparues. La recherche en linguistique historique a permis de regrouper les langues autochtones dans un petit nombre de familles. Ce regroupement s'effectue sur la base de correspondances phonétiques, morphologiques, syntaxiques et sémantiques. Il est possible, en utilisant ces travaux, d'établir des corrélations entre les structures de langues appartenant à une même famille pour interpréter des textes construits dans des langues qui ne sont plus employées par une population autochtone.

Les règles de la reconstruction historique sont complexes et l'interprétation d'un texte à partir de l'information recueillie dans des langues apparentées peut créer de grandes difficultés, comme l'a bien exprimé le linguiste Émile Benveniste :

En général, les critères d'une reconstruction formelle peuvent être stricts, parce qu'ils découlent de règles précises, dont on ne peut s'écarter que si l'on se croit en mesure d'y substituer des règles plus exactes. Tout l'appareil de la phonétique et de la morphologie intervient pour soutenir ou réfuter ces tentatives. Mais, en matière de sens, on n'a pour guide qu'une certaine vraisemblance, fondée sur le « bon sens », sur l'appréciation personnelle du linguiste, sur les parallèles qu'il peut citer. Le problème est toujours, à tous les niveaux d'analyse, à l'intérieur d'une même langue ou aux différentes étapes d'une reconstruction comparative, de déterminer si et comment deux morphèmes formellement identiques ou comparables peuvent être identifiés par leur sens²⁷.

27. É. BENVENISTE, *Problèmes de linguistique générale*, Paris, Gallimard, 1966, p. 289.

La reconstruction historique a donc elle aussi ses limites. Il est certain que la possibilité de compléter une étude historique en faisant appel au sentiment de locuteurs natifs est toujours préférable à la seule reconstruction théorique.

Conclusion

Tout au long de notre article, nous avons tenté de définir des moyens formels pour établir la valeur probante de la tradition orale en droit autochtone. Nous avons cherché, dans les structures linguistiques qui composent cette tradition, des indicateurs formels capables de justifier la recevabilité de la preuve par tradition orale comme une exception à la règle d'interdiction du ouï-dire. Nous avons relevé plusieurs de ces indicateurs dans le récit rituel et dans la toponymie. Il semble donc que l'analyse linguistique puisse confirmer, à l'aide d'une méthode éprouvée, la fiabilité de plusieurs éléments de tradition orale.

Il est aussi apparu qu'aucun élément de tradition orale ne semble pouvoir constituer, à lui seul, une preuve directe de l'existence d'un titre aborigène. Ce fait ne devrait pas étonner outre mesure. La fonction essentielle de la tradition orale dans les sociétés autochtones n'est pas de prouver le titre aborigène devant un tribunal. Plus encore, le lien qui unit ces sociétés au territoire est si important qu'il est peu probable qu'un seul élément de tradition puisse en représenter l'essence²⁸. L'ensemble de la tradition autochtone se présente ainsi comme un tout. Tous les éléments qui la composent contribuent à créer une trame à l'intérieur de laquelle évoluent les êtres et les choses. La toponymie ne prend son sens qu'au moment où le récit rituel s'y incarne et que plusieurs générations d'un même peuple se succèdent dans le cadre géographique qu'elle définit. Dans ces conditions, il nous paraît essentiel que les tribunaux chargés d'examiner une preuve par tradition orale dans la revendication d'un titre aborigène accordent une valeur globale à cette preuve plutôt que d'évaluer à la pièce les récits ou les toponymes qui leur sont soumis.

28. Ce lien particulier a, entre autres, été mentionné dans l'article 13 de la *Convention relative aux peuples indigènes et tribaux*, Convention 169 de l'Organisation internationale du travail, 1989.