

## Bulletin d'histoire politique

# Clio et Thémis, la place de l'histoire dans le processus judiciaire

Rachel Chagnon



Volume 9, numéro 2, printemps 2001

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1060466ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1060466ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

### Éditeur(s)

Bulletin d'histoire politique  
Comeau Éditeurs

### ISSN

1201-0421 (imprimé)

1929-7653 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

### Citer cet article

Chagnon, R. (2001). Clio et Thémis, la place de l'histoire dans le processus judiciaire. *Bulletin d'histoire politique*, 9(2), 107–120.  
<https://doi.org/10.7202/1060466ar>

Tous droits réservés © Association québécoise d'histoire politique; VLB Éditeur, 2001

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

**é**rudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

# Clio et Thémis, la place de l'histoire dans le processus judiciaire

RACHEL CHAGNON  
*Étudiante au doctorat en histoire*  
UQAM

Pour l'historien Carlo Ginzburg, l'histoire et le droit ont des racines communes. Née à la même époque, en Grèce, l'histoire aurait emprunté au droit sa rhétorique<sup>1</sup>. De plus, l'expression « le tribunal de l'Histoire » lie métaphoriquement les deux disciplines. En fait, on assiste à des transferts fréquents d'un champ à l'autre. Cela se constate par des procès comme celui intenté au français Maurice Papon, fonctionnaire du régime de Vichy reconnu coupable d'avoir livré des juifs aux camps de la mort<sup>2</sup>. Au Québec, on le voit aussi par des écrits d'historiens portant sur les droits ancestraux des autochtones<sup>3</sup>.

On peut se demander quel est l'impact de ces transferts d'une réalité à l'autre. Plus encore, qu'arrive-t-il lorsqu'un historien est appelé à utiliser son expertise dans le champ judiciaire ? Cette question a récemment fait l'objet d'un débat en France. Nous en traiterons en filigrane tout au long du présent article. En fait, nous souhaitons aborder cette question en l'ancrant dans la spécificité nord-américaine, le droit français différant du nôtre de façon importante sur cette question.

Dans un premier temps, nous aborderons ce qui distingue ces deux disciplines. Ce bref portrait comparatif du droit et de l'histoire sera suivi par une étude de cas. Ainsi, nous verrons à l'œuvre un exemple d'interaction particulièrement intéressant entre les deux champs. Cet exemple devrait nous permettre de prendre la mesure du phénomène d'osmose ayant cours entre les deux disciplines.

## CONVERGENCES ET DIVERGENCES ENTRE HISTOIRE ET DROIT

Le droit et l'histoire sont des disciplines voisines qui construisent leur démarche à partir de faits situés dans le passé. Elles divergent toutefois dans leurs techniques de traitement de ses preuves. Ces divergences s'expliquent par les objectifs que chaque discipline veut atteindre.

Pour Jean-Noël Jeanneney, les métiers d'historien et de juge se complètent. En effet, une obsession devrait les unir, écrit-il, soit « celle de la vérité à faire surgir du puits, sans voile et sans tache ». Il ajoute que le juge et l'historien sont tous deux « au service des citoyens et de leur lucidité sur les événements antérieurs, autrement dit de la démocratie »<sup>4</sup>. Voilà une description assez saisissante de ce que le droit et l'histoire ont en commun. Au-delà de l'idéal poétique, il existe bien un lien réel entre juristes et historiens. En fait, les deux disciplines partagent le même besoin de recourir à la preuve et les faits qui servent de base à leur travail sont identiques.

Droit et histoire puisent donc à la même source, le fait. Mais ici s'arrête la ressemblance. En effet, alors que l'histoire est une discipline, une pratique analytique, le droit est une profession, une pratique de résolution concrète des conflits. Par conséquent, historiens et avocats n'ont pas les mêmes objectifs et leur approche du fait les distinguent. C'est à ce niveau que l'on constate une certaine incompréhension de la nature du travail des uns et des autres.

L'historien aime faire refroidir l'objet<sup>5</sup>. Ce recul lui permet de tendre vers un détachement qui caractérise toute sa démarche de chercheur. Le juge, *a contrario* est plongé dans le temps présent. De plus, alors que l'historien est maître des faits qu'il désire étudier, le juge est essentiellement tributaire des faits que lui rapportent les parties au litige. Enfin, alors que l'historien peut, en bout de ligne, réserver son jugement sur l'objet de son étude, le juge, lui, doit répondre dans un délai déterminé aux questions qui lui sont posées. Afin de mener à bien leurs recherches, l'un et l'autre dépendent donc d'un contexte qui leur est particulier, et parfois même antinomique.

La meilleure représentation de cette distinction se trouve dans le traitement des faits. À titre d'exemple, on peut citer l'interprétation donnée à l'aveu. Alors que pour l'historien l'aveu est un fait indifférencié qu'il faut analyser de façon critique, l'aveu est, en droit, la preuve par excellence reconnue comme hiérarchiquement supérieure aux autres faits. Plus précisément, comme le souligne Yan Thomas, « la factualité même du fait n'est pas de même nature pour les historiens et pour les juristes »<sup>6</sup>.

Toutefois, nous ne croyons pas, contrairement à ce qu'écrit plus loin cet auteur, que la notion de fait soit ambiguë. S'il est vrai qu'en droit le fait est filtré à travers un processus technique spécifique, la donnée brute, plus petit dénominateur commun, est la même. L'acte de tuer est un événement qui, en droit et en histoire, renvoie à une seule et même référence conceptuelle. La différence est en aval du fait, dans le traitement qui en fait. Alors que pour l'historien, qui étudie le passé, le meurtre d'un individu appartient à un ensemble de faits permettant d'interpréter une chaîne événementielle, pour le juriste, traitant le présent, le meurtre est un acte justiciable entraînant une série de procédures préétablies par un système de droit.

Une fois les faits trouvés, les paramètres d'analyse entraînent juristes et historiens sur deux avenues différentes. La raison de cette différence est dans l'effet recherché. Le tribunal doit résoudre un litige. L'historien cherche à reconstituer une réalité située dans le passé. De plus, parce que le système judiciaire pose des gestes qui, de par leur nature même, ont une répercussion directe sur le citoyen, une importance plus grande est accordée au besoin de donner à son action une légitimité aussi bien apparente que réelle.

Ce besoin d'une justice apparente a conduit les tribunaux à définir une série de règles dont le but est de rendre le processus judiciaire prévisible, transparent et objectif. Elles donnent aussi aux juges la possibilité de garder une distance critique entre eux et les parties au litige. Cette distance permet de limiter l'implication personnelle du juge et l'aide à préserver sa propre objectivité. Cette technicité du traitement des faits est donc empreinte d'un formalisme dont le but premier est d'encadrer et de délimiter cette pratique. Mais pour des historiens tels Jeanneney « le formalisme de la justice est une gêne qui peut être de grave conséquence, quels que soient ses motifs et ses vertus »<sup>7</sup>. En effet, il nuit à la recherche de la vérité, autant par ses règles qui parfois empêchent le dévoilement d'éléments pertinents que par ses présomptions, ces faits que l'on considère vrais jusqu'à preuve du contraire.

Essentiel au processus judiciaire, ce conformisme est donc perçu, par les historiens, et bien d'autres, comme une menace à la vérité qu'il peut contribuer à masquer, entravant le débat, et réduisant la possible démarche intellectuelle à une série de conventions rigides. C'est par ailleurs l'utilisation de cette démarche dans le champ de l'histoire que dénonce Henry Rousso. Il juge réducteur l'impact du formalisme juridique sur l'histoire<sup>8</sup>. Selon lui « [l']histoire judiciaire est une histoire où la rhétorique prend le pas sur l'argumentation et dans laquelle accusateurs et défenseurs sont, *nolens volens*, renvoyés dos à dos »<sup>9</sup>.

Ses propos sont partagés par Daniel Bensaïd. Ce dernier s'inquiète aussi de l'anachronisme qui guette le procès historique et, par ricochet, l'historien justicier. Il a fait de cette problématique l'une des questions centrales de son ouvrage : *Qui est juge*<sup>10</sup>, un ouvrage critique des incursions du droit dans le domaine de l'histoire en matière de procès tel le procès Papon.

Si nous sommes en accord avec les deux auteurs, il est vrai le formalisme du droit peut entraver le démarche historique, sur cette question nous soumettons par contre qu'il revient à l'historien de faire la différence entre les faits et leur traitement et de se dégager, autant qu'il le peut, de toute tentation d'une interprétation positiviste du fait juridique. Par ailleurs, il semble qu'une bonne partie des critiques des historiens face au droit provient d'une perception parfois un peu superficielle de ce qu'est le processus judiciaire. D'aucuns présument que le rôle du juge se résume à départager le

coupable de l'innocent. Or, nous le savons, il n'existe pas dans la réalité une telle division manichéenne du monde.

Dans le cadre de leur travail, les juges font face à de multiples zones grises. Ils doivent en percevoir les nuances et trancher, ce qui entraîne des conséquences parfois malheureuses. Comme le démontre Ginzburg<sup>11</sup>, les actes, mais surtout les erreurs des juges ont des conséquences beaucoup plus directes que celles des historiens. C'est d'ailleurs là que se retrouve, selon nous, la distinction majeure entre droit et histoire : seul le juge tranche. Ce faisant, il crée une situation nouvelle, un fait. Et parfois, ce fait nouveau peut poser problème à l'historien. En outre, un jugement bien motivé en droit peut même donner lieu à ce que certains qualifieraient de réécriture plutôt intéressante de l'histoire.

#### LA TRANSSUBSTANTIATION JURIDIQUE D'UN DOCUMENT HISTORIQUE

Il est facile d'affirmer dans l'abstrait que le droit et l'histoire sont à la fois semblables et distincts et que cet état peut entraîner des confusions. L'idéal est de pouvoir le démontrer. Dans ce dessein, quoi de mieux que de s'intéresser à un cas pratique. Voyons donc ce qui peut arriver lorsque droit et histoire se rencontrent sur le territoire de Thémis.

Le 29 mai 1982, quatre hommes sont surpris dans le parc de la Jacques-Cartier en train de faire un feu de camp, activité interdite par la loi<sup>12</sup> et passible d'amende. Il s'agit de quatre frères, Régent, Conrad, Georges et Hugues Sioui, membres de la nation huronne-wendat. Cités à la Cour des Sessions de la paix<sup>13</sup>, ils plaident l'existence d'un traité, le traité Murray, signé en 1760 et de droits territoriaux ancestraux leur permettant de pratiquer les actes reprochés, dans le parc en question. Ils seront déboutés aux Sessions de la paix et dans leur appel *de novo* devant la Cour supérieure du Québec<sup>14</sup>. Aucun des juges ne reconnaît alors que le document présenté est un traité. Ils ne reconnaissent pas non plus l'existence d'un droit ancestral à la terre pour les Hurons-Wendat de Lorette.

Devant la Cour d'appel, ils changent d'avocat, et partiellement de stratégie. Leur nouvel avocat s'abstient de plaider l'existence d'un droit ancestral à la terre, l'arrivée des Hurons-Wendat à Lorette étant postérieure à celle des colons français. Leur défense ne porte donc que sur la reconnaissance du traité. Ils remportent alors une victoire qui sera confirmée par la Cour suprême. Le document, mis en preuve par les inculpés, sera qualifié de traité par les instances supérieures.

Comment un document, considéré par les deux premiers juges au dossier comme un simple laissez-passer a-t-il pu se transformer en traité ? Comme

nous le verrons, c'est une qualification juridique du document qui a entraîné ce résultat, la Cour suprême ayant comme principal mandat la révision des questions de droit. Cette cause est un bon exemple de démarches distinctes qui, à partir d'un même fait, entraînent deux qualifications possibles. L'une en droit accorde au document Murray le statut de traité tandis que l'autre, en histoire, n'est pas aussi catégorique.

En effet, les historiens ne sont pas unanimes sur le sujet. Entre autres, nous pouvons nommer Marcel Trudel et Alain Beaulieu, spécialistes de la question autochtone, qui s'entendent pour dire, contrairement à, entre autres, Cornelius Jaenen, que le document Murray ne remplirait pas les conditions historiques de production permettant de le qualifier de traité. Il n'est pas signé par les deux parties et sa production n'est accompagnée d'aucun des rituels d'usage<sup>15</sup>. Il s'agit bien sûr ici d'une qualification proposée par des historiens utilisant des techniques d'interprétation propres à leur discipline. Par ailleurs, remarquons rapidement ici qu'il existe aussi en histoire de la place pour un certain formalisme.

Mais ce n'est pas ce formalisme qui préoccupe les juges de la Cour d'appel. Ces derniers demeurent en effet sur le terrain du judiciaire. Ainsi à la question, « qu'est-ce qu'un traité ? » le juge Bisson, qui rédige le jugement, répond en citant la Cour suprême et non un manuel d'histoire<sup>16</sup>. C'est d'ailleurs une règle d'interprétation rappelée par le juge Bisson qui marquera le point tournant pour la suite des événements. Tous les accords passés entre autochtones et Européens doivent être interprétés de façon libérale et les « ambiguïtés doivent être résolues en faveur des Indiens »<sup>17</sup>. Nous reviendrons d'ailleurs sur les sources de cette règle d'interprétation lorsque nous étudierons le jugement de la Cour suprême.

Il semble aussi que dans son jugement, le juge Bisson utilise implicitement une règle d'interprétation des lois appelée la « règle de l'effet utile ». Cette règle, couramment utilisée en droit, selon Me Pierre-André Côté, recommande aux juristes de présumer que chaque phrase dans un texte a délibérément été rédigée dans le but de produire un effet, que le législateur ne « parle pas pour rien dire »<sup>18</sup>.

Bien sûr, il s'agit d'une règle d'interprétation des lois et non des traités. De fait, si l'on devait faire un rapprochement entre le traité et un autre « véhicule juridique », il faudrait sans doute davantage le comparer à un contrat. D'ailleurs, Me Sébastien Grammond, définit le traité comme « un contrat par lequel un groupe autochtone détermine avec l'État l'exercice de ses droits collectifs »<sup>19</sup>. De plus, en matière de traités, les tribunaux ont généralement écarté les règles de droit courant au profit d'une méthode d'interprétation propre à ce que l'on a appelé le caractère *sui generis* de ce type d'entente<sup>20</sup>.

Toutefois, cette distinction ne devrait pas nous empêcher de faire un rapprochement. Les règles utilisées en matière de traités ressemblent à celles que l'on retrouve ailleurs, c'est ce que nous verrons plus loin. De plus, les propos mêmes du juge Bisson illustrent notre point de vue. Ainsi, le juge statue que le document est bel et bien un traité en se basant sur les termes « being allowed the free Exercice of their Religion, their Customs, and liberty of trading with the English ». Son argument va comme suit : « Je considère ces derniers mots déterminants. Un simple sauf-conduit de quelques jours pour le trajet Longueuil-Lorette ne nécessitait pas de parler de religion et de coutumes »<sup>21</sup>. Donc si c'est écrit, il faut lui trouver une utilité, « un effet utile ».

Maintenant, la question se pose, ce type d'argument est-il probant aux yeux d'un historien au point d'être déterminant ? Nous l'avons vu plus haut, s'ils peuvent porter à penser que ce document est plus qu'un simple laissez-passer, les avis des historiens sur sa qualification en tant que traité sont des plus partagés. Donc, ce qui est un traité en droit n'est pas nécessairement un traité en histoire.

Notons enfin qu'il y a eu dans le jugement de la Cour d'appel, dissidence de la part du juge Jacques. Toutefois, cette dissidence ne portait pas sur l'interprétation à donner au document Murray mais plutôt sur l'ampleur de sa portée. Trois juges en viennent donc à choisir une interprétation différente de celle de leurs collègues des instances inférieures. La Cour suprême leur donnera raison.

Insatisfait du jugement de la Cour d'appel, le procureur général du Québec décide de porter la cause devant la Cour suprême du Canada. C'est donc un banc de neuf juges qui, en bout de course, tranchera. Le document Murray est-il un traité ou un simple laissez-passer ? Dans un jugement unanime rédigé par le juge Lamer, la Cour confirme la décision de la Cour d'appel, ce document est un traité<sup>22</sup>, du moins au yeux de la *Loi sur les Indiens*<sup>23</sup>, et ce, bien qu'elle soit de plus de cent ans postérieure au document.

Il est à noter que le juge Lamer reprend la règle d'interprétation dont nous avons parlé plutôt. Il faut être flexible et libéral dans l'interprétation à faire du document. Il mentionne aussi qu'il faut tenir compte du contexte historique<sup>24</sup>. En fait, la preuve de l'existence du traité Murray repose beaucoup sur les circonstances qui ont entouré sa création. Dans cette cause, l'histoire est à l'honneur.

Lorsqu'il débute l'étude de la preuve historique, le juge Lamer mentionne d'emblée qu'il n'hésitera pas à utiliser ses connaissances personnelles sur le sujet<sup>25</sup>. En fait, ceci n'est pas surprenant, les juges font couramment appel à leurs connaissances personnelles afin d'être à même d'analyser les arguments qui leurs sont présentés. Ils ont donc étendu cette pratique aux arguments de

nature historique. D'ailleurs, le juge Lamer mentionne que les tribunaux accordent au juge, dans ce type de cause, le droit de se fonder sur ses propres connaissances et recherches personnelles, il s'agit de la « notion de connaissance judiciaire »<sup>26</sup>.

À titre d'exemple, on voit que le juge se servira de sa propre connaissance des faits entourant la création du document Murray pour en déterminer la portée. Ceci lui permet d'établir l'intérêt présumé des parties, soit celle qui concilie le mieux les intérêts contradictoires de chacune d'entre elles<sup>27</sup>. Comme on peut le constater, cette méthode laisse place à interprétation<sup>28</sup>.

On retrouve aussi un écho de cette notion dans une règle d'interprétation appelée par Me Côté « la méthode historique ». L'auteur note dans un premier temps que le recours à l'histoire générale est admis lorsqu'on cherche le sens à donner à un texte législatif. Il mentionne aussi que les tribunaux ont eu fréquemment recours à cette méthode, entre autres dans les litiges concernant les autochtones<sup>29</sup>. Il écrit à ce sujet : « il est admis que le juge fasse appel à ses connaissances personnelles quant à ce qui est de commune renommée »<sup>30</sup>.

De plus, la règle même de l'interprétation favorable aux autochtones, règle sur laquelle le juge Lamer fonde sa démarche prend racine dans la pratique générale du droit. Tout d'abord, on retrouve dans le droit général la règle *contra proferentem* qui stipule qu'il faut interpréter un texte à l'encontre de celui qui l'a écrit, dans le cas d'un traité, le gouvernement. De plus, comme le mentionne Me Grammond, il existe en droit social et dans le *Code civil du Québec*, des règles d'interprétation visant à favoriser celle des deux parties qui, dans un cadre contractuel, est en position de faiblesse<sup>31</sup>.

On voit donc ici qu'il existe une filiation entre l'interprétation d'une loi et celle d'un traité même si ce dernier est qualifié de *sui generis*. On constate aussi que faits historiques et juridiques passent à travers un même filtre, celui du droit. La qualification du document Murray est juridique. Cette interprétation a-t-elle donné lieu à une réécriture de l'histoire ? Non, car à notre avis, les historiens ne sont pas liés par la décision de la Cour suprême de qualifier de traité le document Murray. Cette affirmation peut paraître relever de l'évidence. Toutefois, ainsi que le soulève Alain Beaulieu, il peut être difficile pour un historien de se détacher de l'interprétation juridique surtout dans un contexte aussi politisé que celui entourant les revendications autochtones<sup>32</sup>. Rappelons encore que les techniques d'interprétation utilisées par la Cour pour parvenir à ce résultat ne sont pas réellement transposables dans la discipline historique. Nous croyons en fait que les historiens qui utilisent ces techniques font fausse route.

C'est d'ailleurs le reproche qu'adresse l'historien Denis Vaugeois à certains de ses confrères québécois<sup>33</sup>. En effet plusieurs d'entre eux semblent



avoir admis la qualification de « traité » au document Murray et l'utilisent comme allant de soi. L'historien Cornelius Jaenen va plus loin en utilisant des critères d'interprétation propres au droit afin de prouver le caractère historique du document Murray. Débutant son analyse du document, il mentionne que le « traité » Murray « doit recevoir une interprétation juste, large et libérale »<sup>34</sup>. L'historien réfère alors à des jugements. Or, nous l'avons vu, la règle de l'interprétation juste et libérale a été développée par les tribunaux dans le but d'en arriver à une plus grande équité et non pas à une plus grande vérité historique. Il ne s'agit pas ici de remettre en cause le bien fondé de la décision d'un tribunal de reconnaître les droits d'une nation, mais de permettre à l'historien de ne pas voir sa démarche scientifique se heurter à un quelconque « dogme historique »<sup>35</sup>.

Le premier devoir du tribunal n'est pas de rendre justice à l'Histoire. Le juge doit avant tout répondre à des particuliers qui lui demandent de résoudre un contentieux spécifique. Comme le souligne Donald Bourgeois, ce qui compte, c'est d'arriver à une décision équitable, où les faits et le droit en cause auront permis un degré suffisant de certitude<sup>36</sup>. À ce titre, nous croyons que *La Reine c. Sioui* est un parfait exemple de la distance qui sépare parfois la vérité historique de la réalité juridique. Nous pensons aussi que cette cause illustre bien la motivation de l'historien à revendiquer sa place dans le processus judiciaire.

#### L'HISTORIEN DANS LE PROCESSUS JUDICIAIRE

L'historien a donc certains motifs de critiquer l'interaction entre droit et histoire. Mais, au delà des questions sémantiques, ce sont les modalités mêmes de l'intervention de l'historien qu'il faut considérer.

Jeanneney se montre sévère envers les juges lorsqu'il écrit « [qu']à lire certains attendus, on ressent parfois chez les magistrats quelque jubilation secrète à pouvoir s'ébattre dans le territoire de Clio »<sup>37</sup>. Ce n'est pas de gaieté de cœur, du moins officiellement, qu'un juge quitte le domaine du juridique pour celui de l'histoire. À ce sujet, le juge Lamer rappelle qu'on ne doit avoir recours à la preuve extrinsèque, ici le contexte historique, qu'en cas d'ambiguïté<sup>38</sup>.

Ceci étant dit, certains pourraient trouver suspect le fait que le juge soit parvenu à trouver des ambiguïtés au document Murray. N'oublions pas ici l'obligation qu'a la Cour de donner au document une interprétation large et généreuse. Dans un certain sens, on pourrait dire que le juge se devait d'appeler « ambiguïté » tout ce qui n'avait pas la transparente clarté du cristal. Et il faut admettre qu'il ne manquait pas à ce point de matière dans le texte même du document.

Mais Jeanneney n'est pas le seul à reprocher au système judiciaire son intrusion sur « le territoire de Clio ». Rouso est encore plus sévère dans sa réprobation de l'intrusion du juge et des tribunaux dans le domaine de l'histoire. Dans un propos tenu en marge du procès Papon, il dit que les juges « sont dans l'illusion que le verdict prononcé, réel ou virtuel, va se substituer au tribunal de l'Histoire »<sup>39</sup>. Bref, les juges se trompent de tribunal lorsqu'ils se mêlent d'histoire.

Il faut toutefois souligner que beaucoup de ces objections, quant à la place de l'historien dans le processus juridique sont, selon nous, directement rattachées au statut de l'historien appelé à témoigner sous le droit français. En effet, comme le souligne François Hartog, le code français est restrictif lorsque vient le temps d'accorder le statut d'expert à certains types de témoins<sup>40</sup>. Cet état de fait est par ailleurs dénoncé par Jeanneney qui reprend les propos d'un autre historien, Jean-Pierre Azéma, et demande au législateur français d'intervenir afin d'inclure l'historien dans la liste des professionnels aptes à être appelés à titre d'expert devant la Cour<sup>41</sup>.

Au Canada et au Québec, il est, par contre, tout à fait possible pour un historien d'être cité à titre de témoin expert dans le cadre d'un procès. Cette position ne remet pas en cause sa crédibilité et sa capacité à se présenter comme un interprète objectif des événements. En fait, c'est principalement le formalisme judiciaire entourant la production de l'expertise qui protège et garantit le rôle de l'historien en tant que partie neutre au litige. Bourgeois définit ainsi le rôle que tient l'historien à titre de témoin expert : « The role of the historian is as an expert witness — that is, an individual, without an interest in the litigation, other than academic, who is competent to provide opinions about the evidence and suggest to the trier of fact conclusions of fact »<sup>42</sup>.

Dans le contexte anglo-saxon, tout individu pouvant faire la preuve de son expertise dans un domaine donné pourra être appelé à titre d'expert. On considère d'ailleurs l'obtention d'un grade universitaire ou encore d'une expérience suffisante dans un domaine particulier comme une marque d'expertise. Si la partie contre laquelle l'expert est appelé remet en question sa qualité, elle devra faire une preuve à cet effet.

Ceci est très différent de ce qui se passe en France où Rouso constate l'impossibilité pour l'historien de pouvoir revendiquer le titre d'expert<sup>43</sup>. En conséquence, il n'est pas reconnu comme détenteur d'un savoir scientifique précis et ne peut prendre connaissance du dossier. Sans le titre d'expert, l'historien est confiné au rôle, peu confortable dans sa position, de témoin ordinaire. Il doit alors jurer de dire « toute la vérité ». Serment absurde dans un tel contexte, l'historien n'est, en effet, pas un témoin direct des faits qu'on lui demande d'expliquer. C'est en arrivant à ce constat que Rouso juge que

la place de l'historien n'est pas au tribunal puisqu'il ne peut y apporter aucune contribution réelle.

Il n'est pas le seul à plaider contre l'implication des historiens dans le processus judiciaire. Certains voient la participation de l'historien comme pouvant remettre en cause son intégrité à titre de chercheur<sup>44</sup>. En effet, puisqu'il est appelé par l'une des parties au litige, on peut être porté à croire que l'historien est alors poussé à prendre partie et que l'objectivité de sa démarche ne peut qu'être sujette à caution. Cette perception est renforcée par le fait que l'historien reçoit une rétribution pour sa participation au processus judiciaire.

De plus, Bourgeois note que la reconnaissance de la contribution de celui qu'on a appelé « historien public » par opposition à l'historien exerçant uniquement à l'intérieur du milieu universitaire, est relativement récente au Canada. Selon lui, ce manque de reconnaissance pourrait expliquer pourquoi les historiens s'intéressent peu au processus judiciaire<sup>45</sup>. Il n'y aurait pas de capital symbolique à gagner dans une participation à titre de témoin expert.

Mais il semble, toutefois, que de confiner l'historien à la porte du tribunal ne soit pas une solution sans risque. Ceci vaut autant pour l'intégrité de l'interprétation historique que du processus judiciaire. À ce titre, le combat mené par Ginzburg pour la réhabilitation et surtout la libération d'hommes qu'il juge condamnés à tort illustre comment l'historien peut regretter de ne pas avoir été invité dans l'arène judiciaire.

Ginzburg s'efforce en effet depuis plusieurs années à faire rouvrir l'instruction d'anciens militants d'un regroupement communiste des années soixante-dix, la *Lotta Continua*. Trois des membres de ce groupe ont été condamnés en 1997 pour le meurtre du commissaire Luigi Calabresi survenu en 1972. Selon Ginzburg, l'erreur des juges dans cette affaire provient de l'interprétation historique erronée donnée à certains faits. Plus précisément, les juges n'auraient pas su confronter efficacement les différentes sources, documents et témoignages, présentées dans le cadre du procès. Ainsi, les juges auraient accordé une importance démesurée au témoignage du principal témoin à charge alors que d'autres sources, mises de côté, contribuaient à faire planer des doutes sérieux sur la véracité de ce témoignage. D'ailleurs, l'ouvrage de Ginzburg, *le juge et l'historien*<sup>46</sup>, se veut principalement une démonstration de cet état de fait.

Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, nous croyons qu'il revient à l'historien d'interpréter pour le juge les faits devant se comprendre dans un cadre historique. Nous adhérons d'ailleurs à l'opinion de Jean-Louis Fournel et Jean-Claude Zancarelli selon laquelle laisser à des juges le plein pouvoir en

matière d'interprétation de l'histoire peut donner lieu à de peu désirables réécritures politiques et historiques des événements<sup>47</sup>.

Il ne faut pas croire pour autant qu'il est simple de témoigner à titre d'expert. En fait, le processus judiciaire peut, à plusieurs titres, paraître assez éprouvant à ceux qui ne sont pas suffisamment préparés à l'affronter. Le contre-interrogatoire, entre autres, est un moment particulièrement difficile. Les questions posées alors débordent souvent du sujet pour lequel l'historien a été appelé à témoigner, ce qui peut lui paraître à la fois absurde et non-productif. Toutefois, il est légitime pour un avocat de mettre à l'épreuve le sérieux et la solidité du témoin de la partie adverse. Mais la difficulté n'est pas que dans le témoignage, c'est parfois l'ensemble du système judiciaire qui pourra paraître hostile à l'historien, ainsi qu'en discutent les auteurs G. M. Dickinson et R. D. Gidney<sup>48</sup>.

## CONCLUSION

Depuis l'arrêt Sioui beaucoup d'eau a coulé sous les ponts reliant les territoires de l'histoire et du droit. En effet, le récent arrêt Marshall porte la marque d'une plus grande participation des historiens au processus judiciaire. À ce titre, le juge Binnie adresse certains des reproches faits par les historiens au processus judiciaire, soit principalement le manque de nuance de l'interprétation de l'histoire fait par les tribunaux et le caractère par trop définitif de l'interprétation donnée à certains événements historiques. Il souligne qu'« évidemment la réalité est que les tribunaux sont saisis de litiges dont la résolution requiert qu'ils tirent des conclusions sur certains faits historiques. Les parties à ces litiges ne peuvent pas attendre qu'il se dégage éventuellement un consensus stable parmi les chercheurs »<sup>49</sup>. Les tribunaux font au mieux avec les ressources dont ils disposent. Ils ne font toutefois pas l'histoire à la place des historiens.

Dans le cadre de l'expertise, la contribution de l'historien est, à notre avis, indéniable. La méthode historique et la rigueur de l'historien à dégager les faits des états d'âmes sont deux atouts précieux. On a vu à quel point ils peuvent servir la justice et leur absence, la desservir. De plus, cette expérience offre à l'historien la chance d'explorer de nouveaux horizons. Au Canada, l'implication des historiens dans les procès concernant les droits ancestraux des autochtones a, entre autres, contribué à stimuler la recherche dans ce domaine<sup>50</sup>.

Depuis la Seconde Guerre mondiale, l'évolution des droits humanitaires a inexorablement entraîné l'historien dans la sphère publique. Des procès pour crimes contre l'humanité intentés cinquante ans après le fait aux revendications constitutionnelles, de plus en plus d'acteurs politiques usent, et

parfois abusent, de l'histoire afin de faire avancer leurs revendications. Quel peut être le rôle de l'historien dans un tel contexte? Peut-il devenir un acteur sans perdre son objectivité ou sombrer dans l'anachronisme? Nous ne saurions répondre à cette question. Toutefois, un fait demeure, si l'historien refuse d'investir le domaine public afin d'y faire valoir son expertise, d'autres le feront à sa place.

## NOTES ET RÉFÉRENCES

1. Carlo Ginzburg, *Le juge et l'historien, considérations en marge du procès Sofri*, traduit de l'italien par Myriam Bouzahr, Adelin Fiorato et al., Lagrasse, Verdier, 1997, p.16., coll. « Histoire ».
2. *Le procès Papon*, vol. 1 et 2, collectif, Paris, Albin Michel, 1999, coll. « Grands procès contemporains ».
3. Voir Denis Vaugeois (dir.), *Les Hurons de Lorette*, Sillery, Septentrion, 1996.
4. Jean-Noël Jeanneney, *Le passé dans le prétoire, L'historien, le juge et le journaliste*, Paris, Le Seuil, 1998, p. 9.
5. Jean-Noël Jeanneney, *op. cit.*, p. 11.
6. Yan Thomas, « La vérité, le temps, le juge et l'historien », *Le Débat*, no. 102 (nov.-déc. 1998), p. 22.
7. Jean-Noël Jeanneney, *op. cit.*, p. 19.
8. Henry Rouso, *La hantise du passé*, entretien avec Philippe Petit, Paris, Éd. Textuel, 1998, coll. Conversation pour demain, p. 90.
9. *Ibid.*, p. 91.
10. Daniel Bensaïd, *Qui est juge, Pour en finir avec le tribunal de l'Histoire*, Paris, Fayard, 1999.
11. C'est là un des objectifs principaux de son ouvrage: *Le juge et l'historien, op. cit.*
12. *Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier*, (1981) 113 G.O. II 4815, art. 9 et 37. La contravention à ce type de règlement entraîne des poursuites à caractère pénal. C'est donc le procureur général du Québec qui intente les procédures contre les frères Sioui.
13. J.E. 83-722.
14. J.E. 85-947.
15. Marcel Trudel, « Les Hurons et Murray en 1760, un traité qui qui n'est qu'un laissez-passer »; Alain Beaulieu, « Les Hurons de Lorette, le "traité Murray" et la liberté de commerce », dans *Les Hurons de Lorette, op. cit.*, p. 132-158 et p. 254-295.
16. R. c. *Sioui*, (1987) 8 Q.A.C 189, p. 194.
17. *ibid.*, p. 194.

18. Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 2ème éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1990, p. 259.
19. Sébastien Grammond, *Les traités entre l'État canadien et les peuples autochtones*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1995, coll. « Minerve », p. 86.
20. *Ibid.*, p. 125.
21. *Ibid.*, p. 196.
22. Plus exactement, le juge Lamer écrit : « Je suis donc d'avis que le document du 5 septembre 1760 est un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* » (R. c. *Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, p. 1060) Le document Murray a donc plus qu'une simple « valeur » de traité, contrairement à ce que semblent laisser entendre les propos du juge tels que rapportés par Denis Vaugeois dans son article « *Traité Murray, Simple Laissez-passer* » (Le Devoir, 7 juillet 1999). En droit, cette nuance est de taille. En effet, la Cour doit décider si oui ou non le document Murray est un traité, en conséquence, il lui faut offrir une réponse aussi catégorique que la question.
23. L.R.C. (1985), ch. I-5. C'est par ailleurs l'article 88 intitulé « Droits légaux » qui est un des éléments du litige. Cet article stipule, entre autres, que les Indiens sont soumis aux lois d'une province sauf si cette loi est en contradiction avec toutes mesures prises par le fédéral à leur sujet.
24. R. c. *Sioui*, *op. cit.*, p. 1035.
25. *Ibid.*, p. 1050.
26. *Ibid.*
27. *Ibid.*, p. 1068-1069.
28. Selon Me Grammond, elle a aussi l'avantage de mettre de l'avant une objectivité basée sur l'histoire alors que les motivations du juge sont parfois un peu plus politiques (*op. cit.*, p. 135.)
29. Pierre-André Côté, *op. cit.*, p. 392.
30. *Ibid.*, p. 393.
31. Sébastien Grammond, *op. cit.*, p. 127.
32. Alain Beaulieu, « Les pièges de la judiciarisation de l'histoire autochtone », *Revue d'Histoire de l'Amérique Française*, vol. 53, no. 4, p. 547, selon l'historien, il est devenu suspect, voir raciste, de la part d'un historien de remettre en cause la valeur de traité du document Murray.
33. Voir *La fin des Alliances Franco-Indiennes, Enquête sur un sauf-conduit de 1760 devenu un traité en 1990*, Montréal, Boréal/Septentrion, 1997, p. 136 et suiv.
34. Cornelius Jaenen, « Rapport historique sur la nation huronne-wendat », *Les Hurons de Lorette*, *op. cit.*, p. 214.
35. Alain Beaulieu, *op. cit.*, p. 547.
36. Donald Bourgeois, « The Role of the Historian in the Litigation Process », *Canadian Historical Review*, vol. 67, no. 2 (1986), p. 197.

37. Jean-Noël Jeanneney, *op. cit.*, p. 35.
38. R. c. Sioui, *op. cit.*, p. 1049.
39. Henry Rousso, *op. cit.*, p. 89.
40. François Hartog, « L'historien et la conjoncture historiographique », *Le débat*, no, 102 (nov. déc.1998), p. 8.
41. Jean-Noël Jeanneney, *op. cit.*, p. 17.
42. Donald Bourgeois, *op. cit.*, p. 199.
43. Henry Rousso, *op. cit.*, p. 101.
44. Voir un état de la question dans J. Morgan Kousser, « Are Expert Witnesses Whores? Reflections on Objectivity in Scholarship and Expert Witnessing », *The Public Historian*, vol. 6 (hiver 1984), p. 5-19.
45. Donald Bourgeois, *op. cit.*, p. 196.
46. *Op. cit.*
47. Jean-Louis Fournel et Jean-Claude Zancarini, « Des historiens peu prudents », *Les temps modernes*, no. 596 (1997), p. 174-192.
48. G. M. Dickinson et R. D. Gidney, « History and Advocacy: Some Reflections on the Historian Role in Litigation », *Canadian Historical Review*, LXVIII, 4 (déc. 1987), p. 576-585.
49. R. c. Marshall, [1999] 3 R.C.S. 456, p. 488.
50. William C. Wicken, Stephen E. Patterson et D. G. Bell, « History, Natives Issues and the Courts, a Forum », *Acadiensis*, vol. 28, no. 1 (automne 1998), p. 23.