

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA PREUVE HISTORIQUE DANS LE CADRE DES PROCÈS RELATIFS AU DROIT AUTOCHTONE ET AUX CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

Auteur(s) : Nelson-Martin DAWSON, Éric TREMBLAY

Revue : *RDUS*, 1999-2000, volume 30, numéro 2

Pages : **377-402**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12364>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12364>

Page vide laissée intentionnellement.

LA PREUVE HISTORIQUE DANS LE CADRE DES PROCÈS RELATIFS AU DROIT AUTOCHTONE ET AUX CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ*

par Nelson-Martin DAWSON**
Eric TREMBLAY***

Dans le cadre des procès relatifs au droit autochtone, aux crimes de guerre contre l'humanité et aux recours collectifs contre l'État, l'historien est de plus en plus souvent appelé comme expert par les procureurs de l'une et l'autre partie. Il doit alors faire la preuve de la validité de la méthode qui fonde sa discipline. Derrière les stratégies de prétoire, ce n'est pas seulement l'expertise du témoin-historien qui est jugé mais également la validité de la discipline historique en tant que savoir habilité à lire le passé et le témoignage des témoins morts. Cet article cherche donc à rappeler les fondements épistémologiques de l'histoire et, à l'aide d'extraits d'archives, à exposer de façon concrète en quoi consiste un véritable traitement historien des sources. L'aveu des limites et des faiblesses de Clio incitera-t-il Thémis à reconnaître elle aussi les limites de son bras justicier?

Within the context of lawsuits relating to aboriginal rights, crimes against humanity and class actions against the government, historians are more frequently called upon to act as expert witnesses before the courts by attorneys for the parties. Subjected to both court strategies, not only do historians have to establish the validity of their methodological approach, they also have to prove the reliability of their particular field of expertise in reading the past and in giving voice to those no longer living. This article seeks to reaffirm history's epistemological basis and, with the aid of archival extracts, outlines how a truly historical analysis of primary sources is pursued. Will an admission of Clio's limitations induce Themis to likewise acknowledge that past events could remain beyond her reach?

*. Texte d'une conférence donnée dans le cadre du cours DRT 550 «Droit constitutionnel approfondi» dispensé par le professeur Pierre Patenaude à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

** Historien, Université de Sherbrooke.

*** Professeur de philosophie, Cégep de Chicoutimi.

SOMMAIRE

I.	Le positionnement épistémologique	380
II.	La méthode historique	385
	A. Transtemporalisation	385
	B. Lecture critique des textes	387
	C. Contexte de production	389
III.	Le traité Murray ou le jugement de la Cour jugé par l'histoire	392
IV.	La justice et l'historien	400
	Conclusion	404

Interroger le passé pour juger au présent? Interroger le passé au présent pour le juger? Comment la connaissance du passé peut-elle servir l'acte juridique dans une recherche de résolution de conflits? Quelle est la valeur de la preuve historique lorsqu'elle doit s'inscrire dans une stratégie juridique?

Cette série de questions interpelle peu l'historien académicien dans l'exercice quotidien de son art. Par contre, l'historien expert sollicité par l'un ou l'autre tribunal se voit confronté dans son savoir, dans son savoir-faire, dans sa méthodologie. Convié à témoigner sur une vérité historique porteuse de droit, l'historien expert doit chercher à manœuvrer avec une habileté redoublée dans l'art qui fonde sa discipline, devant le juge qui ne manquera pas de s'ériger en censeur pour contrôler la valeur de cette méthode. Ces réflexions qui nourrissent déjà depuis un moment nos échanges se sont imposées plus impérativement lorsqu'il nous fallut les organiser de façon plus systématique pour en partager la teneur dans le cadre d'un colloque sur le rapport entre le droit et l'histoire tenu à l'Université du Québec à Montréal au printemps 1999.

La position alors adoptée ébranla quelques historiens académiciens; s'ensuivit un vif échange par le biais des journaux¹ qui commandait un positionnement épistémologique clair : comment l'histoire peut-elle constituer une preuve dans le cadre de procès tels ceux relatifs au droit autochtone ou aux crimes contre l'humanité? Cette question conduit, dans un premier temps, à évoquer les fondements, mais aussi les risques et les limites, de la démarche historique. De l'évaluation de cette démarche rebondissent les deux pièges les plus «naturels» posés sur le sentier emprunté par l'historien, lors de sa quête de connaissance sur l'antériorité : la subjectivité et le méchronisme².

Comment l'historien peut-il détecter ces pièges qu'il risque souvent de se tendre lui-même, par quelles compétences peut-il les désamorcer? À ces questions, il répondra que sa méthodologie le prémunit contre de tels écueils. Aussi, dans un deuxième temps, il s'agira de mieux comprendre, exemples à l'appui, la méthode historique.

-
1. N.-M. Dawson et E. Tremblay, «Quand l'histoire manipule la justice», *Le Devoir [de Montréal]* (29 mai 1999) A-11 et «Nous plaidons coupables», *Le Devoir [de Montréal]* (18 juin 1999) A-9; D. Fyson et J.-M. Fecteau, «De la manipulation à l'abdication historique», *Le Devoir [de Montréal]* (10 juin 1999) A-7; B. Roy, «Quelle histoire savante manipule la justice?», *Le Devoir [de Montréal]* (10 juin 1999) A-7 et D. Vaugeois, «Simple laissez-passer?», *Le Devoir [de Montréal]* (7 juillet 1999) A-7.
 2. Par ce néologisme, nous entendons tant les anachronismes que les parachronismes.

Muni d'une telle assurance qui, théoriquement, garantit la qualité de ses recherches et de ses interprétations des témoignages du passé, l'historien n'est-il pas en mesure de fournir les éléments nécessaires aux juges? Comme nous le verrons en troisième partie, la relecture du sauf-conduit signé par le gouverneur britannique James Murray, reconnu comme un traité par la Cour Suprême, fournit un bel exemple de cette collaboration possible, voire souhaitable, entre Thémis et Cléo. Mais intervient ici la question de la confrontation entre le temps de l'historien et le temps du juge. Dans quelle mesure la justice peut-elle s'appuyer sur les conclusions circonstanciées et non définitives de l'historien lorsqu'il s'agit de trancher par une décision finale? Il faut dès lors se demander dans quelle mesure le système juridique serait prêt à s'adapter à une vérité historique en continuelle construction. Saurait-il assouplir certaines de ses règles afin de permettre à l'historien une participation plus judicieuse à l'élaboration de jugements mieux fondés? Ces interrogations nous mèneront, enfin, à une réflexion plus fondamentale à savoir si les limites de la démarche historique ne devraient pas marquer également les bornes de la démarche juridique.

I. Le positionnement épistémologique

Il en est des traces du passé comme des sons que perçoit notre oreille. Notre capacité à les décoder correctement dépend largement de nos attentes *a priori* d'un sens, des convictions qui structurent notre pensée, de notre familiarité avec l'espace-temps sous observation, de la qualité de l'œil de l'historien, ou de notre subjectivité qui déforment ce regard soi-disant scientifique. N'est-ce pas là une des premières critiques que l'on puisse faire à l'histoire : elle n'est pas une science. Certes, la connaissance du passé procède selon un mode qui dépasse le simple récolement de dates et d'événements d'une antériorité contemporaine ou distemporaine. Elle s'élabore, en fait, à même la structuration d'explications des événements obéissant à une logique qui lui est propre. Aussi, il ne faut pas penser l'histoire comme une explication scientifique opérant sur le mode d'une relation de cause à effet (les boules de billard de Hume), il faut plutôt concevoir l'explication historique comme la reconstitution d'un processus.

Il n'est pas essentiel en histoire de correspondre parfaitement au modèle physico-mathématique qui s'établit sur la généralité et la reproductibilité, lesquelles conditionnent le caractère prédicatif des connaissances; l'histoire ne peut procéder à la démonstration répétitive de ses conclusions puisque chacun des faits du passé est contingent. Cela n'implique pas pour autant que l'histoire exclut tout raisonnement et qu'elle n'utilise aucun concept ni aucune relation causale. Bien qu'elle ne

cherche pas à décrire les lois contenues dans les événements, elle procède néanmoins de façon logique à la description, à travers le temps, de la singularité de processus irréversibles. Sans prétendre être une science, l'histoire pourrait se décrire comme un savoir méthodique qui inscrit les faits dans un récit, à la fois linéaire et ample, dans lequel elle tente de trouver sa garantie d'une certaine objectivité.

Pourtant, cette objectivité visée est-elle réaliste, vu le caractère d'observateur participant qui colle immanquablement à l'historien, puisque celui-ci ne peut faire complètement abstraction de ses sensibilités et de ses a priori? Cette seconde critique porte d'autant plus, lorsque les historiens proclament non seulement procéder par histoire-problème qui pose au passé des questions émergées du présent, mais encore lorsqu'ils soutiennent qu'ils ne peuvent poser au passé que les questions du présent³. En ce sens, une certaine école historique réussissait au milieu du XX^e siècle à inverser le vecteur temporel : l'histoire ne devait plus être faite du passé vers le présent, mieux valait, affirmait-on alors, partir du présent et remonter vers le passé. Ainsi, l'historien se donnait l'illusion de ne plus agir comme prophète de l'avenir, ce qui lui était facile puisqu'il connaissait la suite des événements étudiés, mais plutôt de se faire analyste comme les autres scientifiques, et de ne tenter de répondre qu'aux questions posées par la société et l'époque qui étaient siennes. Cette perspective semblait bien louable et avait le mérite de fournir au quotidien des explications historiques sans conséquences véritables sur le futur. Par exemple, il pouvait en effet être d'un intérêt certain de reconstituer l'histoire de telle ou telle habitude alimentaire et de comprendre l'évolution de la table à travers les âges; ceci ne conditionnait toutefois aucunement la suite de l'expérience humaine. Un tel processus interrogatoire ne s'avère toutefois pas opérant pour toutes les questions ou, pour mieux dire, il peut même s'avérer fort tendancieux pour d'autres. Par exemple, peut-on formuler sans quelque préjugé une question telle : la France de Louis XIV reconnaissait-elle la notion de propriété indienne au XVII^e siècle?

En effet, si en mangeant une tomate on s'interroge sur l'origine de cet aliment, sur l'époque de son introduction dans les habitudes alimentaires, sur l'évolution de sa culture et de sa commercialisation pour comprendre par quel biais elle étale aujourd'hui ses tranches dans notre assiette, on risque peu de commettre quelque détournement de sens dans la formulation de cette interrogation. On aura compris que ce risque est

3. J. Leduc, *Les historiens et le temps : conceptions, problématiques, écritures*, Paris, Seuil, 1999 à la p. 314. Reconnaisant qu'il s'agit là d'un anachronisme, Leduc exhorte ses collègues historiens à l'assumer honnêtement.

beaucoup plus élevé dans le cas de notre seconde question sur la propriété indienne. L'historien qui partirait d'une telle formulation se verrait dès lors contraint à jongler avec un concept qui ne trouve pas de signification dans l'époque de référence. Louis XIV, Sa Majesté très Chrétienne, roi de France dite fille aînée de l'Église, monarque européen, maître du monde, roi absolutiste qui régnait sur des sujets français à qui on déniait tout droit de propriété, pouvait-il concevoir une quelconque notion de propriétés foncières chez des peuples sauvages? Même en France, la terre n'appartenait pas à celui qui la travaillait, mais bien au seigneur qui devait rendre foi et hommage à son roi, reconnaissant ainsi le droit du monarque sur lui et sur ses biens, pouvait-on alors concevoir que des Indiens qui couraient les bois en quête de quelques castors et de quelques orignaux pour leur survie aient eu plus de droit sur ces forêts que le paysan qui suait sur ses sillons à labourer?

Entravé par de tels boulets conceptuels anachroniques, conçus *a posteriori*, c'est-à-dire dans la postériorité de l'événement, l'acte historique n'est-il pas condamné à exporter dans le passé un bagage de préjugés et d'entendements *a priori*? Grands ne sont-ils pas alors les risques de faire une tordue histoire identitaire qui mettrait en scène des acteurs qui n'auraient plus rien à voir avec leurs personnages historiques, mais plutôt des reconstitutions mythiques qui incarneraient simplement les aspirations et les convictions de leur auteur. Comme l'écrit Eric Hobsbawm : «La projection dans le passé de désirs du temps présent ou, en termes techniques, l'anachronisme, est la technique la plus courante et la plus commode pour créer une histoire propre à satisfaire les besoins collectifs»⁴ d'une communauté donnée, réelle ou imaginaire. Soutenir que le questionnement historique ne peut se formuler qu'à partir de concepts du présent, n'est-ce pas davantage justifier la volonté d'une époque de se définir et de tenter de légitimer de façon rationnelle ses origines, plutôt que de chercher à comprendre simplement le passé pour ce qu'il était, sans visée prospective vers l'avenir?

Afin de rapprocher l'histoire de la science et l'éloigner de la subjectivité, oserions-nous proposer de la définir sous les traits d'une formule mathématique⁵.

-
4. E. J. Hobsbawm, «L'historien entre la quête d'universalité et la quête d'identité», *Diogenes* n° 168 (1994) 61.
 5. Nous nous inspirons ici des travaux de H.-I. Marrou, *De la connaissance historique*, Paris, Seuil, collection «Points histoire», 1989 à la p. 236.

$$\text{VH} = \frac{\text{EP}^{+n}}{\text{PR}^{-n}}$$

Comme l'exprimait Marrou, qui fut le premier à tenter une telle mathématisation du processus de la connaissance du passé, la véracité historique (VH) est le résultat d'un rapport inversement proportionnel entre deux plans de la réalité humaine : le passé et le présent. Le passé ne peut pas s'exprimer par une variable simple : pour parvenir à une contextualisation efficace, l'historien doit posséder une connaissance étendue de l'objet d'étude et de la période dans laquelle il l'inscrit. La juxtaposition des événements, des personnages et des concepts se veut beaucoup plus qu'une simple addition des uns aux autres. Leur mise en rapport permet en réalité une meilleure globalisation du contexte. C'est ce que représente le facteur n positif accolé à la variable des éléments du passé (EP). L'influence du présent dans la connaissance historique joue un rôle diamétralement opposé. Plus l'historien réussit à faire abstraction des concepts de son époque, plus il se départit de ses propres valeurs et partis pris, plus il s'approchera de la réalité historique. La multiplication de ces mises en garde s'exprime ici par un facteur n négatif accroché au présent (PR). Notre formule pourrait donc se lire ainsi : la véracité historique sera d'autant plus grande que l'historien saura, d'une part, prendre en compte le plus d'éléments possible du passé afin de reconstituer «l'épaisseur historique», c'est-à-dire une connaissance ample, élargie, de chacun des instants de la période à l'étude, et, d'autre part, qu'il saura limiter l'influence qu'une intrusion des concepts marquant son présent pourrait avoir sur son objet d'étude.

Une troisième critique occasionnellement adressée à l'endroit des experts historiens tend à réduire ces derniers à un rôle d'historien de la cour, à l'image de ses historiens au service des monarques sous la France d'Ancien Régime⁶. Travaillant dans un contexte reposant sur l'approche client, l'historien expert n'aurait pas, dit-on, la marge de manœuvre de l'historien académicien qui, lui, peut davantage spéculer sur les résultats, relever les ambiguïtés posées par la recherche, suggérer différentes interprétations parfois même contradictoires, ou admettre les failles dans la documentation ou la reconstitution des faits historiques.

Cette étiquette d'historien de service menace particulièrement les historiens improvisés versés dans l'approche juridique et les juges qui

6. P. Soifer, «The Litigation Historian : Objectivity, Responsibility, and Sources», *Public Historian*, vol. 5, n° 2 (1983) aux pp. 47-62.

s'appuient sur leurs connaissances historiques personnelles lorsqu'ils sont sur le banc. Peut-on croire que ce péril guette également l'historien de formation?

II. La méthode historique

Même en acceptant de mener des recherches à partir d'hypothèses formulées par les avocats de l'une ou l'autre partie, l'historien consciencieux ne saurait se départir de l'art de sa discipline qui le contraint à la confrontation des données et à la critique des sources qui fondent son argumentation. En ce sens, sa maîtrise de la méthode historique devrait le préserver contre l'accusation de n'être qu'un historien de cour.

Pour entendre les témoignages du passé, peut-être suffit-il d'être à l'écoute. Pour saisir les traces et les indices laissés par ces témoins morts, il ne faut pas que les lire et les collationner; il faut aussi savoir les restituer dans la globalité de leur champ référentiel. Pour véritablement les comprendre, l'historien doit se soumettre au périlleux exercice de s'inscrire dans le complexe champ temporel de son objet d'étude. Sa machine à remonter le temps, l'historien la construit précisément par une connaissance élargie de la période étudiée et par un esprit critique. Pilotée habilement, cette machine lui permet de transporter le présent de son énonciation historique dans la période des événements à l'étude. Sans cet effort de translation, l'acte historique est voué à l'échec et à sombrer dans la pure fiction. Sans une transtemporalisation réussie, des boulets conceptuels anachroniques freineront toute tentative de maximisation de la lecture historique en vue d'approcher la véracité historique.

A. Transtemporalisation

Pour exposer de façon concrète cet effort de transtemporalisation, observons l'historien à l'œuvre devant un témoignage du passé. Posons que la problématique de base serait d'évaluer la qualité de la méthode d'un cartographe du XVIII^e siècle dont les cartes seraient éventuellement produites en cour. L'historien pourrait choisir de faire état des contacts que le cartographe entretenait à la cour, ce qui lui permettrait d'être alimenté en informations récentes et de première importance. Dans son dépouillement des archives, il découvre ce court billet adressé à l'auteur des cartes concernées : «Je vous prie, Monsieur, si vous vous trouvez chés vous lorsqu'on vous portera cette lettre de vous donner la peine de venir au

Palais Royal avec une carte des Eveschés, et une des postes de France. Je suis, Monsieur, tres parfaitement à vous, Dubois. Ce 11e mars 1720»⁷.

Perdue dans une masse de quelque 1000 ou 2000 documents, cette brève lettre qui ne semble, à première vue, ne rien contenir de signifiant ou de pertinent, risquerait fort d'être rejetée si le chercheur ne s'interrogeait pas d'abord sur l'identité du signataire. Or, ce dénommé Dubois était en fait l'aspirant premier ministre du roi Louis XV et pour lors un des personnages les plus influents à la direction du royaume.

Outre l'identité du signataire, le ton de cette missive éveille la curiosité de l'historien qui connaît quelque peu les codes régissant l'art épistolaire de l'époque. Ici, avant même de s'attaquer au sens du contenu, c'est à la forme du témoignage que s'attachera l'historien. Tout en contraste avec les formulations ampoulées habituelles, ce billet est impératif. Quel dossier était alors si urgent pour que le signataire Dubois prit ce ton avec le cartographe?

L'inscription du document dans la chaîne événementielle est ici indispensable pour saisir la portée de cette pièce de correspondance. En mars 1720, l'administration royale était aux prises avec une grave crise religieuse. Deux factions d'évêques s'affrontaient sur une question d'interprétation doctrinale. Le pape, chef de l'Église, accueillait mal cette opposition qui remettait en question la validité de son jugement. Depuis cinq ans, le gouvernement de Louis XV tentait en vain de mettre fin à cette querelle en cherchant, de différentes façons, un accommodement entre les partis. Dans les coulisses du pouvoir, le dénommé Dubois, de modeste extraction, cherchait à occuper pleinement le fauteuil de premier ministre. Un obstacle de taille se dressait devant lui : ses chances de parvenir à un tel titre reposait obligatoirement sur sa nomination au cardinalat. Il lui fallait donc convaincre le pape. Un moyen sûr pour y parvenir était de mettre fin à la division dans l'épiscopat. Dubois manœuvra dans ce sens. Le 10 mars 1720, il parvenait à mettre d'accord sur un même texte la trentaine d'évêques présents à Paris. Il lui restait encore à emporter l'assentiment des prélats absents.

Ce n'est finalement qu'à ce moment de l'étude de la pièce d'archives qu'intervient l'analyse de son contenu. Pour assurer le succès de son projet, Dubois décida d'accélérer le processus en envoyant dans les provinces ses émissaires, qui recueilleraient rapidement l'appui des absents et seraient en mesure de vaincre les objections des réticents. Dès le lendemain de la ratification du projet à Paris, il convoquait le cartographe avec ses cartes

7. ANF, Marine, 2JJ/60, n° XVI, 122.

des évêchés et des postes de France. Il s'agissait alors d'évaluer, cartes en main, le nombre de messagers dont il aurait besoin pour couvrir l'ensemble des villes épiscopales, et planifier les meilleurs trajets pour les uns et les autres, afin d'effectuer la tournée dans les plus courts délais.

La reconstitution des événements et l'analyse de cette lettre du 11 mars 1720 révèlent l'importance du moment pour l'Église de France, pour l'État, et pour Dubois. Ce fut dans des circonstances aussi cruciales, que les talents du cartographe furent mis à contribution. L'intimité du rapport entre l'aspirant premier ministre et le cartographe, que l'on peut dégager à la lecture de ce simple billet, éclaire sur le réseau auquel ce dernier participait dans les milieux de la cour. Il y a donc tout lieu de croire que ce cartographe disposait de toute l'information voulue lors de la fabrication de ses cartes et que ses données géographiques étaient fort exactes.

Cet exemple illustre, on ne peut mieux, le premier segment de la formule mathématique construite pour mesurer la véracité historique (VR). Ce court billet, qui aurait facilement pu être rejeté, jette en réalité une lumière inattendue sur le réseau et l'expertise du cartographe. Aussi, plus l'historien réussit à prendre en compte l'épaisseur historique, plus grandes sont les probabilités que son interprétation approchera l'humble réalité du passé.

B. Lecture critique des textes

Hormis une connaissance étendue de la période à l'étude qui guide la lecture du contenant et du contenu d'un témoignage laissé par un témoin mort, l'historien trouve encore dans sa trousse méthodologique plusieurs procédés lui permettant de minimiser les dangers que peuvent constituer une lecture trop partielle du passé, la subjectivité et le méchronisme. En premier lieu, une lecture critique des témoignages lui permet de dépister les contractions littéraires porteuses de faux-sens qui se terrent dans les textes. Un extrait des *Relations des jésuites*, source sur laquelle reposent nombre d'études sur la réalité indienne sous le Régime français, nous servira cette fois d'exemple :

Le Pere Martin Lyonne, decedé depuis peu, & le Pere André Richard, tous deux de nostre Compagnie, ont cultivé quelques années, les costes qui sont baignées des eaux de ce Golphe, comme aussi les contrées circonvoisines. Voicy comme le Pere Richard nous parle, de l'entreprise de quelques Sauvages, que nous appellons de Gaspé, pour ce qu'ils se viennent camper asses souvent proche de la Baye, ou du Port, qui porte ce nom. Ces Barbares s'estans assemblez pendant l'hyver de l'année passée

1661 quelques-uns parlerent, dans leurs Conseils, d'aller à la guerre contre les Esquimaux. Ce sont des peuples ennemis des Europeans, qui habitent sur les rives du Golphe, du costé du Nord, assez proche de la grande Isle de Terre-neusve, qui est située à l'emboucheure du grand fleuve, & du grand Golphe de Saint Laurens. En montant plus haut, sur les mesmes rives, on trouve les Papinachiouekhi, les Bersiamites, en suite, & puis on rencontre Tadoussac. Ces deux dernieres Nations, & quelques autres qui leur sont alliées, sont bonnes & simples, gens de paix qui reçoivent nos Peres de Kebec avec grand amour, quand ils vont en Mission vers leurs quartiers. Mais venons à nos Sauvages de Gaspé. § Quelques uns ayans donc mis en avant, dans leurs Conseils, & dans leurs festins, des propositions de guerre [...]»⁸.

Plusieurs historiens ont cité ce passage des *Relations* pour prouver la présence des Inuit sur la Basse-Côte-Nord au milieu du XVII^e siècle. Ils fondaient même leur affirmation sur l'argument que le missionnaire de Gaspé devait bien connaître les ennemis contre lesquels guerroyaient ses ouailles, et ils démontraient que ces individus appelés esquimaux ne pouvaient être confondus à leurs voisins habitant en amont, puisque le missionnaire, en juxtaposant les ethnonymes, précisait bien qu'il s'agissait d'autant de groupes particuliers. Une analyse critique de la source détruit pourtant ces généreuses affirmations.

En introduisant le récit par la formule «voici comme le père Richard nous parle», le rédacteur de cette relation nous laisse faussement croire que le texte qui suit était une copie fidèle d'une lettre écrite par son confrère de Gaspé. Sans informer ses lecteurs, le rédacteur se permettait pourtant l'insertion d'une explication de son propre cru au sujet des peuples longeant la côte. Peut-on en effet réellement croire que cette énumération était dans la lettre du père Richard? Ce missionnaire qui œuvrait en Acadie se serait-il permis de tels détails dans une lettre adressée au responsable des missions à Québec? De même, comment expliquer, dans une lettre d'un missionnaire d'Acadie à un confrère de Québec, cette autre phrase sur les Indiens de Tadoussac recevant avec grand amour les missionnaires de Québec? Pour retrouver le texte de la narration initiale, le rédacteur eut recours à une expression des plus typiques : «Mais venons à nos Sauvages de Gaspé». Par ailleurs, quelques phrases plus loin, il enchaînait : «Cela me toucha fort, dit le Pere Richard», pour bien marquer le retour à sa source. Après une telle analyse interne critique du texte, on ne peut plus le recevoir comme parole d'Évangile sous prétexte qu'il provient d'une observation *in*

8. R. G. Thwaites, *The Jesuit Relations and Allied Documents*, New York, Pageant Book Company, vol. 47 aux pp. 220-222.

situ. Ce témoignage est plutôt l'exposition d'une idée préconçue nourrie par le rédacteur, supérieur de missions en poste à Québec, sur laquelle on ne saurait fonder une démonstration sérieuse.

C. Contexte de production

L'historien doit également s'efforcer de bien connaître le contexte de production des documents sur lesquels il entend appuyer son argumentation. L'étude du contexte de production diffère du simple positionnement dans la chaîne événementielle. Alors que cette dernière ne sert qu'à situer le document sur le bon point de la ligne du temps afin de permettre la lecture du contenu, l'étude du contexte permet d'inscrire le témoignage dans sa problématique de production, afin de saisir également ce qu'il ne dit pas textuellement.

Prenons un extrait d'une lettre du gouverneur de Québec, Charles de Beauharnois, écrite au sujet des indiens Népissingues qui demandaient à s'établir à la mission mise sur pied par les sulpiciens au lac des Deux-Montagnes : «les Algonquins et Nepissingues sauvages errans dans les terres [...] étoient venus en 1740 a Montreal représenter que de 8 a 9000 qu'ils estoient autrefois, il n'en restoit pas plus de 900 et que les autres estoient morts pour le service du Roy»⁹. Pris au pied de la lettre, les propos du gouverneur laisseraient entendre que les Népissingues s'étaient lourdement sacrifiés pour le royaume de France, propos qui pourraient s'interpréter comme une preuve de l'intensité de l'alliance qui unissait ce peuple aux Français. Pourtant, l'intention réelle du gouverneur était moins de témoigner de la fidélité des Népissingues que de favoriser les sulpiciens, qui souhaitaient alors obtenir quelque contribution royale.

Dans un contexte de guerre appréhendée, Beauharnois tentait en effet de maximiser la fidélité des Indiens et de s'assurer leur participation active lors de prochains affrontements. Parmi les moyens envisagés, il comptait sur une vente contrôlée de l'alcool. Or, quelques années plus tôt, l'évêque de Québec avait édicté un mandement interdisant formellement ce commerce. Heureusement pour le gouverneur, l'évêque était retourné en France, laissant la direction du diocèse à ses grands vicaires. Dans le district de Montréal, d'où partaient les canots pour les Pays d'En Haut, c'était à un sulpicien que revenait cet honneur. Aussi, Beauharnois comptait-il acheter la complicité de cette communauté en favorisant auprès du roi leur projet de mission au lac des Deux-Montagnes. Pour forcer

9. ANF, C11A, vol. 75, f° 386.

l'adhésion du ministre, il n'hésita pas à exagérer quelque peu la réalité, comme le démontre une analyse plus globale de la lettre. Afin de jouer sur les sensibilités royales et ministérielles, il insista sur le sacrifice des Népissingues, morts glorieusement pour le service du roi. Ceci ne commandait-il pas un geste de générosité, qui servirait tout autant les sulpiciens et, par ricochet, les familles népissingues, que ses propres projets. Le contexte de production donne donc aux propos de Beauharnois une portée différente de ce qu'une première lecture laissait imaginer. Par ailleurs, d'autres sources viennent confirmer ce bémol que nous mettons devant l'interprétation de cet extrait; il est en effet reconnu que les Sauvages des terres n'étaient pas les plus enthousiastes guerriers.

Ce qui introduit un autre procédé de l'art de l'historien : la confrontation des informations. Prenons l'exemple d'une lettre écrite au roi, signée conjointement par le gouverneur et l'intendant de la Nouvelle-France, à l'automne 1735. On y lit : «il est arrivé l'esté dernier un meurtre a Montreal commis par un sauvage nepissingue dans l'ivresse sur un soldat de la garnison [...] ce sauvage [...] a été passé par les armes»¹⁰. Dans un contexte de recherche sur la tribu des Népissingues, l'historien retiendrait certainement ce témoignage et l'évoquerait comme une preuve attestant qu'un membre de cette nation fut incontestablement jugé selon les lois françaises. Ce serait là une erreur. Les pièces du procès infirment les propos des autorités. Le condamné était en réalité un indien de la tribu des Têtes-de-Boule.

D'aucuns auront peut-être déjà réagi au fait que, depuis le début de ce texte, nous ayons constamment fait usage des termes Indien et tribu, plutôt que nation et Amérindien. Il s'agit là, selon nous, d'un procédé qui contribue à l'objectivité de la démarche historique. Contrairement aux expressions nation et Amérindien, Indien et tribu ne sont pas connotés des valeurs qui marquent le présent de l'historien. Au seul prononcé du mot Amérindien, on croit déjà entendre la circonvolution : «ces pauvres autochtones qui ont été illégalement dépouillés de leurs terres et de leurs droits par les voraces envahisseurs européens avides des richesses du Nouveau Monde». Quant à nation, dans le contexte politique et juridique actuel, son seul usage semble déjà conférer des droits à tout groupe qui s'en attribue l'appellation. Pour qui veut se garder de ces subtiles connotations qui, à la longue, érodent l'esprit critique et l'objectivité, mieux vaut recourir à des expressions qui traduisent avec plus d'exactitude la perception partagée par les acteurs de la période à l'étude. Tomberait-il sous le sens de parler de Louis XIV comme du président de la France du

10. ANF, C11A, vol. 63, f° 102 v°.

XVII^e siècle, sous prétexte que, pour être compris des lecteurs du XXI^e siècle, il vaille mieux employer des expressions qui trouvent référence dans la culture d'aujourd'hui? Tous les historiens crieraient à l'anachronisme. Pourtant, combien sont-ils à vendre leur âme historienne en faisant régulièrement usage des termes modernes d'Inuit et d'Ilnu pour désigner les Esquimaux et les Sauvages du temps de Champlain et de Jean Talon? En respectant davantage les acteurs et les concepts de la période étudiée, l'historien se prémunit contre les méfaits d'une observation trop participante, évite les contresens qu'entraîne tout méchronisme et augmente la qualité de sa transtemporalisation.

Comme sur tout produit susceptible de causer quelque lésion corporelle, faudra-t-il écrire sur les archives : «Attention. Manipulez avec soin», puisque, lorsque traités sans les précautions de la méthode historique, les témoignages du passé peuvent en effet causer de sérieux préjudices. Le jugement de la Cour Suprême dans l'affaire *Sioui*¹¹ offre un exemple de choix pour illustrer ce genre de déplorables accidents historico-juridiques.

III. Le traité Murray ou le jugement de la Cour jugé par l'histoire

Le désormais trop célèbre document dicté par James Murray, le 5 septembre 1760, prenait en effet du galon de façon inespérée, en 1990, lorsque la Cour Suprême du Canada lui accorda «valeur de traité» au sens de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*¹². En errant dans les sentiers de l'histoire pour établir leur point de droit, les Éminences de la Cour imprimaient un virage forcé à l'historiographie. Une lecture historienne et non juridique de ce témoignage transmis involontairement par Murray à la postérité permet de mieux saisir les dangers inhérents à la manipulation de ces traces laissées par les témoins morts lorsqu'elles sont confiées à des mains non expérimentées.

Posons d'entrée de jeu un premier principe : s'interroger à savoir si le document rédigé sous le commandement de Murray en 1760 «constitue un traité au sens de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*» est d'emblée inscrire ce témoignage du passé dans une problématique qui n'est pas sienne et le soumettre à un pernicieux traitement méchronique. À le

11. *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025. Le procureur général du Québec, Appellant, c. Régent Sioui, Conrad Sioui, Georges Sioui et Hugues Sioui, Intimés et Le procureur général du Canada et la Fraternité des Indiens du Canada / l'Assemblée des Premières Nations, Intervenants.

12. L.R.C. (1985), c. I-5.

regarder sous une loupe aussi déformante, il n'est pas étonnant qu'une vision réaliste d'un passé lointain puisse échapper aux juristes. Affirmer, comme le font les juges, que «toutes les parties impliquées étaient compétentes pour conclure un traité au sens de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*»¹³, c'est opérer un dangereux télescopage du temps : comme si Murray, le militaire, et les guerriers hurons pouvaient avoir eu l'intention de conclure une entente qui aurait rencontré le cadre juridique de la fin du XX^e siècle.

13. L'original a été heureusement reproduit en photographie dans André Münch, *L'expertise en écritures et en signatures*, Sillery (Qc), Septentrion, 2000 à la p. 141. La transcription qui apparaît en p. 139 du même ouvrage n'est pas conforme à l'original; on y lit entre autres la transformation de *to me* en *home*. De même, ne sont pas exactement conformes à l'original, ni la transcription ni la traduction produite dans D. Vaugeois, *La fin des alliances franco-indiennes : enquête sur un sauf-conduit de 1760 devenu un traité en 1990*, 2^e éd., Montréal, Boréal/Septentrion, 1995 à la p. 209. Nous nous inspirons ici de la traduction de G. Plante, «Aux mêmes conditions que les Canadiens, notes de recherche», 1999 [non publié, archivé au Groupe de recherche interdisciplinaire en épistémologie des sciences humaines, Université Laval] à la p. 80; qu'il reçoive ici notre marque de reconnaissance pour son travail d'analyse logique sur le débat autour du document de Murray. Voir également *Supra* note 11 à la p. 1043.

Posons plutôt une question plus fondamentale sous un angle plus neutre et qui opère sur les bases de la méthode historique : Qui a dit quoi à qui, le 5 septembre 1760?

<p>Les présentes certifient que le chef de la tribu indienne des Hurons, étant venu à moi au nom de sa nation, pour se soumettre à sa Majesté britannique, et faire la paix, a été reçu sous ma protection avec toute sa tribu, et dorénavant aucun officier ou détachement anglais ne devra les molester, ou les interrompre durant leur retour à leur campement de Lorette, et ils sont reçus aux mêmes conditions que les Canadiens, étant permis le libre exercice de leur religion, leur coutume, et la liberté de commerce avec les garnisons anglaises recommandant ceci aux officiers commandant les postes de les traiter gentiment, Donné sous ma signature à Longueüil ce 5e jour de septembre 1760. [Signé] James Murray. [Endossé : Copie d'un certificat délivré par le général Murray aux Indiens de la tribu des Hurons.]</p>	<p>These are to Certifie that The Chief of the Huron Tribe of Indians, having come to me in the name of His Nation, to submit to His Britanick Majesty, & make peace, has been received Under my protection with his whole tribe, and henceforth no English Officer or party is to Molest, or interrupt them in returning to their settlement at Lorette, and They are received upon the same terms with the Canadians, being allow'd the free Exercise of their Religion, their Custom, & liberty of trading with the English Garrisons recommending it to O the Officers commanding the posts to treat them kindly, Given under my hand at Longueüil, this 5th day of September 1760. [Signed] Ja:[mes] Murray. [Endorsed : Copy of a certificate granted by Gen[era]l Murray to the Hurons Indians.]</p>
---	---

Qui a dit? Murray. Le brigadier général James Murray, qui avait alors comme seul titre celui de gouverneur de la garnison de Québec, et dont les attributions étaient d'ordre militaire. Avait-il le pouvoir de signer un traité de paix ou de toute autre nature avec une tribu indienne? Nenni. Ni lui, ni même Jeffery Amherst, le commandant en chef des forces armées de Sa Majesté Britannique en Amérique. Seul le surintendant William Johnson, qui avait la gestion et la direction exclusives des affaires des Six Nations indiennes et de leurs alliés, avait reçu de Londres le plein pouvoir de traiter avec ces peuples. Contrairement à ce qu'a conclu la Cour Suprême, un des acteurs de cet acte historique, et l'un des principaux, faut-il bien le reconnaître, n'avait pas le pouvoir de négocier un traité reconnaissant quelques droits fondamentaux aux Hurons. En contexte

d'invasion militaire, il avait pour seule prérogative de prendre des mesures pouvant mener avec plus d'assurance à la conquête d'un territoire ennemi.

À qui? À la tribu des Hurons, dont le chef était venu rencontrer l'officier militaire «pour se soumettre à Sa Majesté Britannique». Le chef huron était-il également venu traiter de paix avec Sa Majesté Britannique ou avec son représentant? Le texte ne le laisse pas entendre. On remarquera que les mots employés par Murray n'évoquaient aucunement la présence de négociateurs, mais plutôt de Hurons venant simplement déposer les armes. En portant attention à la syntaxe on note que le «et faire la paix» n'est pas en rapport avec Sa Majesté Britannique. La perluette (&) précédée de la virgule détache de façon claire les deux segments. La paix que les Hurons étaient venus négocier n'en était visiblement pas une avec Murray. Cette lecture du document d'après sa syntaxe est par ailleurs confirmée grâce à une entrée du même jour au journal du brigadier général, où on lit que des Hurons et des Iroquois se présentèrent à son campement et «firent leur paix»¹⁴. Les termes couchés au journal dénotent non seulement que la démarche n'avait rien d'une négociation, mais, encore, que la paix faite n'en était pas une entre les Britanniques et les Hurons, mais bien entre les Hurons et les Iroquois. Le journal de campagne du capitaine John Knox étaye cette interprétation : «Huit Sachems, de différentes nations, qui étaient ces derniers jours alliées à l'ennemi, se sont rendus en leur nom et en celui de leurs tribus au général Murray»¹⁵; en employant «surrendered» Knox décrivait une scène de reddition et non une séance de négociation. Cette capitulation étant conclue, les sachems conférèrent avec Murray de certaines modalités et, au terme de cette conférence, gagnèrent la rive opposée, brandirent leurs tomahawks et firent savoir aux Français qu'ils avaient changé de camp.

14. «[I] met the Inhabitants who were coming to deliver their arms, and take the oaths, there two nations of Indians, of Hurons and Iroquois, came in & made their Pace, at the same time Three of Sir William Johnsons Indians came in with a letter from General Amherst, which I immediately answered [...]», «Murray's Journal» dans A. G. Doughty, dir., *Appendix to an Historical Journal of the Campaigns in North America by Captain John Knox*, Toronto, Champlain Society, 1916, vol. 3 à la p. 331.

15. «Eight Sachems, of different nations, lately in alliance with the enemy, have surrendered, for themselves and their tribes, to General Murray : these fellows, after conferring with his Excellency, and that all matters had been adjusted to their satisfaction, stepped out to the beach opposite to Montreal, flourished their knives and hatchets, and set up the war-shout : intimating to the French, that they are now become our allies and their enemies», A. G. Doughty, dir., *An Historical Journal of the Campaigns in North America by Captain John Knox*, Toronto, The Champlain Society, 1914, vol. 2 à la p. 516. On reconnaîtra que *confer*, du latin *conferre* et porteur du sens *rassembler* ou *consulter pour connaître les opinions*, n'avait pas la même force que *negotiate*, du latin *negotiari* et porteur du sens *faire un échange en vue d'un règlement*. On notera que le *Oxford* précise même que le sens *to set right by negotiation* est d'un emploi plutôt rare.

Sur la fin de sa vie, un Huron contemporain des événements rapportait ainsi cet épisode crucial : « aussitôt que nos chefs eurent vent que la guerre tirait à sa fin, ils sautèrent sur leurs chevaux et coururent au quartier du général anglais [...] les officiers les saisirent par le bras et les conduisirent au général. À leur vue, il leur cria : '[...] retourner à vos villages, vous n'êtes pas en danger', puis, il se tourna vers quelqu'un près de lui et donna un ordre [...] le lendemain matin nous reçûmes de lui un papier, que nous avons compris comme signifiant que la paix était faite »¹⁶. S'il s'agissait là d'un « traité », jamais dans l'histoire, négociations n'auraient été aussi faciles et menées avec moins de mots. Étrangement, ceux qui se disent les représentants des Premières Nations ne semblent pas se souvenir de ce savoir huron ancestral; eux qui, pourtant, sont d'une longue lignée de tradition orale et qui en clament la valeur à qui veut les entendre. On ne saurait pour autant leur en tenir rigueur, car il relève de l'évidence que la mémoire recompose et reconstruit sans cesse, et qu'elle choisit habituellement d'oublier ce qui lui fait mal; tous les éclopés de l'amour pourront ici témoigner.

Cette version de tradition orale ne décrit cependant pas tout le processus. Le journal de Knox précise encore que les sachems craignaient bien davantage leurs alliés iroquois que les Britanniques eux-mêmes. Aussi, les garanties demandées portaient sur la façon dont les militaires de Sa Majesté allaient assurer leur protection contre leurs ennemis indiens alors qu'ils acceptaient d'enterrer la hache de guerre. Ce n'est en effet qu'en relatant l'intervention impromptue des Iroquois dans la conférence que les Hurons avaient avec Murray, que Knox employa le terme négociateur et l'occasion fut saisie par le général de leur démontrer la portée de sa protection en empêchant sur le champ les Iroquois de les massacrer. La narration de la scène de provocation entre les deux clans indiens couchée au journal de Knox éclaire ainsi tout le sens de l'entrée au journal de Murray : à bon escient, il pouvait écrire « they make their pace ». Comment

16. *« Before many days had passed, we heard that the War was at an end. Our Chiefs immediately on hearing the news mounted their horses and went to Laprairie where the English General was. Upon their arrival at the quarters of the General, their horses were taken care of by the soldiers; the Officers took our Chiefs by the arm and led them to their General. As soon as he saw them, he cried out 'These are the Hurons! Why did you leave your Village? You have nothing to fear from us, go back to your Village, you are safe', and he turned round to some one near him and gave an order. We received the next morning a paper from him, which we understood to mean that Peace was made ». Témoignage de Petit Étienne, chef du Conseil du village huron, publié dans *The Star and Commercial Advertiser*, n° 13 (27 février 1828).*

un tel accord entre des tribus indiennes pourrait-il alors être interprété comme un «traité» liant le souverain anglais¹⁷?

Murray a dit quoi à ces Hurons? Le certificat qu'il leur remit au lendemain matin de cette brève rencontre n'est pas si compliqué à comprendre, pour qui se donne la peine de le lire en ne cherchant pas à y lever une portée juridique qu'il n'a pas. Puisque les Hurons acceptaient de mettre bas les armes, Murray les prenait sous sa protection et, conséquemment, recommandait aux officiers et aux détachements anglais de ne pas les molester ni de les gêner sur leur chemin de retour vers Lorette.

Sans outrepasser ses attributions de gouverneur de la garnison de Québec, il leur précisait, en second lieu, qu'ils étaient reçus sous sa protection aux mêmes conditions que les Canadiens. Quelles étaient ces conditions? Étaient permis : le libre exercice de leur religion, leur coutume et, également, la liberté de commercer avec les garnisons anglaises. Cet engagement n'avait rien d'extraordinaire et s'inspirait des termes négociés à Québec lors de la reddition de cette ville l'année précédente, et de la proclamation lue dans les bourgs où Murray s'arrêtait, en chemin vers Montréal, à l'été 1760.

À quelle religion Murray faisait-il référence? À la religion catholique romaine alors professée par tous les Hurons de Lorette. À quelle coutume Murray faisait-il référence? À une coutume porteuse de droit, en regard entre autres à la propriété et à ses modes de transmission; en l'occurrence la coutume de Paris qui était appliquée dans la colonie.

Prétexter que, par son certificat et par les mots religion et coutume, Murray reconnaissait aux Hurons le libre exercice de leurs «rites et coutumes», c'est-à-dire le droit d'aller exercer des rituels ancestraux où et quand bon leur semblerait, comme par exemple dans le futur parc de la Jacques-Cartier, c'est sombrer dans un anachronisme estomaquant. Religion, qui se définit dans un rapport sacré de l'âme avec Dieu, ne pouvait signifier, pour les Britanniques du XVIII^e siècle, les rites magiques et superstitieux des Indiens; tout juste reconnaissaient-ils le catholicisme romain comme une religion! Et encore, car ils avaient le papisme en sainte horreur. Par coutume, Murray n'entendait ni les mœurs tribales ni les usages ancestraux; il n'avait pas encore lu les savantes études de Lucien Lévy-Bruhl ou de Claude Lévi-Strauss sur les usages des sociétés primitives qui marqueraient les études ethnologiques et anthropologiques

17. À ceci on ajoutera encore que les contemporains eux-mêmes et rédacteurs du document le qualifièrent de *certificat* et non de *traité*, comme il apparaît au verso de la pièce.

du XX^e siècle. Murray ne rédigeait pas un rapport d'observations ethnologiques. Encore ici il faudra se méfier des traductions habituelles qui font des Indiens les bénéficiaires de l'action en les mettant sujet de «être autorisés à exercer»¹⁸, alors que le texte anglais de forme passive appelle plutôt à lire que c'était leur coutume (et non le libre exercice de leur coutume), la liberté de commerce (et non le libre exercice de la liberté de commerce, syntaxe qui défigure la phrase) et le libre exercice de la religion, qui sont sujets de «étant permis».

Voilà contre quels travers risquerait de chuter l'historien qui construirait son interprétation historique sur des «Amérindiens». Ceux-ci, faut-il le reconnaître, ont une religion et des coutumes ancestrales; cependant, les «Tribes of Indians» de Murray n'avaient que des rituels magiques de la pire superstition. Il ne serait jamais venu à l'idée du brigadier général de protéger de telles manifestations, si peu religieuses à ses yeux, par un traité engageant la Couronne britannique, si traité il avait pu signer. On notera encore que la recommandation de Murray de traiter gentiment les Hurons ne s'appliquait qu'à la clause commerciale, puisqu'elle était adressée aux officiers qui commandaient pour lors dans les postes de traite. La portée temporelle limitée de cette recommandation trouve deux indices dans le document. On aura remarqué que le rédacteur de la pièce employa deux signes pour signifier la conjonction de coordination, toutes deux traduites en français par «et» : le «and» et la perluète (&). Or, la perluète intervient dans les deux cas où l'interprétation du texte semble plus particulièrement poser problème : «& make peace», et «& liberty of trading». L'analyse syntaxique révèle une constance dans ce double emploi : alors que le «, and» lançait une nouvelle idée sous la forme d'une proposition subordonnée, le «, &» introduisait un supplément d'information rattaché à une idée principale tout en les démarquant l'un de l'autre. La permission concernant la liberté de commerce, à la fois liée à elles et détachée des deux autres permissions accordées et qui doit se lire d'un trait de la perluète à «kindly» s'approprie donc en entier la recommandation qui y est incluse. On observera enfin la rectification qu'apporta le secrétaire, au moment même de la rédaction, concernant l'identification desdits officiers : «recommanding it to O the Officers». Murray n'entendait pas recommander cela «to Officers» britanniques en général (ce qui aurait pu laissé soupçonner une extension dans l'espace et dans le temps), mais bien simplement «to the Officers commanding the

18. Voir entre autres la traduction proposée par des archivistes : «[les Indiens] jouiront du libre exercice de leur religion [...]»; D. Vaugeois, *supra* note 13 à la p. 209.

posts» où se pratiquait la traite, pour lors dans la zone soumise à son commandement¹⁹.

Remis dans son contexte de production, ce texte livre sa véritable portée. Bien qu'il ne s'agissait pas d'un traité, ce document n'eut pas moins une valeur légale momentanée. Il informait «ceux qui ces présentes verraient» de la soumission des Hurons entre les mains du plus haut dignitaire militaire dans cette zone d'opérations. Une telle portée circonstancielle dénie de soi tout caractère intemporel ou perpétuel. Eut-il eu un soi-disant caractère de conditions de capitulation, ce document ne pourrait davantage engager les autorités actuelles. Les administrateurs britanniques du Colonial Office avaient reconnu dès 1769 que la capitulation, et les conditions alors stipulées, ne pouvait «être considérée autrement que comme un accord temporaire entre des officiers de côté et d'autre, sujet à la décision finale des souverains des parties contractantes». Les interprétations possibles du sauf-conduit signé par Murray avaient trouvé explications dans les traités signés entre les deux couronnes, au terme du conflit. Les conditions de capitulation ne pouvant lier le souverain, il fallait désormais s'en «rapporter entièrement au [...] traité de Paris»²⁰. Or, le traité de Paris ne contient aucun article permettant d'extrapoler la portée du sauf-conduit signé par Murray. Si par leurs fausses appréciations les juristes ont jugulé la lecture de l'histoire, leur pouvoir n'est heureusement pas magique au point d'égruger les faits ou de dénaturer la réalité historique.

IV. La justice et l'historien

Une lecture herméneutique des témoignages du passé et l'inscription de ceux-ci dans leur temps, leur espace et leur univers mental fondent donc la méthode historique. Au cœur de la préoccupation et de la méthodologie de l'historien se révèle le respect du temps : souci de s'imprégner de la réalité du passé dans toute son épaisseur, soin à s'immuniser contre le méchronisme, inquiétude devant le mélange des temps que forcent les tribunaux par le biais des recours à la preuve historique. Car le temps ouvert de la démarche historique se confronte au

-
19. Murray avait entre autres été informé de l'existence de tels postes au Saguenay, soit dans la zone relevant de son autorité, par une lettre du père Coquart, reçue peu avant son départ en campagne, qui lui demandait effectivement son secours et sa protection; N.-M. Dawson, *Lendemain de conquête au royaume du Saguenay : le Domaine du roi dans la politique britannique (1760-1767)*, Québec, Nuit Blanche, 1996 aux pp. 62-64.
20. Rapport des lords commissaires du commerce et des plantations concernant l'état de la province de Québec, du 10 juillet 1769, publié dans A. Shortt et A. G. Doughty, dir., *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, Ottawa, Thomas Mulvey, 1921 aux pp. 367-368.

temps arrêté du jugement, objectif incontournable de la démarche judiciaire. Dans le contexte domestique, ce sont surtout les procès portant sur le droit autochtone qui multiplient ces télescopages dangereux; dans le contexte international, et plus particulièrement en France, ce sont les procès concernant les crimes contre l'humanité, qui ont récemment déchiré la République française et ses historiens, au sujet de la honteuse collaboration du gouvernement de Vichy avec le régime nazi.

Cinquante ans après les événements qu'on lui reproche, un homme, un vieillard, Maurice Papon, est traduit devant une cour d'assises française. Sur quoi porte l'accusation? D'avoir obéi aux ordres de son supérieur hiérarchique et avoir facilité, entre 1942 et 1944, la déportation de quelques 1 560 Juifs, alors qu'il était secrétaire général de la préfecture de Gironde. La nature de l'offense relève d'un nouveau type de crime : le crime contre l'humanité. L'incrimination résulte d'une loi votée par le parlement français en 1964, dont le texte se réfère à la résolution des Nations Unies du 13 février 1946 prenant acte de la définition des crimes contre l'humanité. La morale *post-bellum* commande l'application d'une justice rétroactive. Avec les yeux d'un présent pacifié plus sensible s'impose la lecture d'un passé en crise, battant à un autre rythme, celui de l'état d'urgence, de l'état de guerre. S'opère alors une véritable confusion des temps et des contextes, qui travestit le passé déjà historique — puisque appartenant dorénavant à un nouveau champ référentiel — en présent juridique. L'historien ne se fait-il pas, à son tour, collaborateur de l'idéologie dominante en offrant son concours à la condamnation d'un homme, dont le crime premier n'était-il pas d'avoir franchi, en vie, la ligne de démarcation qui sépare deux époques sur la chaîne évolutive de la morale? L'histoire du procès Papon n'est qu'un cas parmi tant d'autres révélant le goût immodéré du présent pour la réécriture de l'histoire : la condamnation de certains événements du passé jugés malencontreux ne vient-elle pas en effet stopper la portée de ceux-ci dans la postériorité? On peut dès lors craindre que le tribunal, vers qui sont dirigés ces nouveaux pèlerinages de *mea culpa* collectifs, ne cherche avant tout à conforter les consciences en repentir et n'accorde qu'une oreille bien distraite à l'expertise historique. Et ce, d'autant plus lorsque ce témoignage de l'histoire ne parlera pas de concert avec ses intentions de redresser les torts du passé.

Les démarches juridiques entreprises sous de telles perspectives de réparation n'assoient pas dans le box des accusés que des individus, comme dans le cas Papon, mais également des institutions, comme dans l'histoire du sang contaminé, voire même des États, comme dans le cas des procès en droit autochtone. Une première question surgit : combien loin à rebours, la

justice pourra-t-elle étendre son bras afin d'engager quelque responsabilité individuelle ou collective? Une seconde la suit de près : combien large la justice pourra-t-elle ratisser lorsqu'il s'agira d'imputer une diffuse responsabilité, pour des milliers de meurtres et de massacres étouffés au cours des siècles, aux leaders de quelque grande doctrine, comme le christianisme, le libéralisme, le communisme ou l'actuelle sacro-sainte doctrine de la mondialisation des marchés? Une troisième question s'impose : quel sera le fondement d'un jugement dont la plaidoirie jouera sur le velours de la mauvaise conscience universelle et de la non moins universelle bonne conscience des surlendemain de tragédie ou d'émancipation idéologique?

Intentera-t-on des procès contre le Saint-Siège et ses inquisiteurs pour avoir jadis brûlé les hérétiques et les sorcières? Pourra-t-on exiger quelques compensations à l'État français, au nom d'une responsabilité nationale, et juger la mémoire de Charles IX et de Catherine de Médicis qui ont permis le Massacre de la Saint-Barthélemy, drame qui a fait des milliers de morts parmi les protestants de France? Exagérées ces comparaisons? Pas autant qu'on voudrait bien le croire. Les démarches juridiques des orphelins de Duplessis n'offrent-elles pas un exemple d'un premier pas en ce sens? Les médias rapportaient, il y a quelque temps, le cas d'autres enfants, des Britanniques ceux-là, qui avaient été déportés lors de la Première Guerre mondiale. Des excuses publiques de la part des autorités britanniques étaient exigées et des compensations financières, réclamées. Les deux cas trouvent quelque ressemblance. Certes, on soulèvera ici la différence entre des demandes de réparation en justice formulées par ceux-là même qui ont vécu les événements et celles intentées par des tiers dispersés dans le temps. Une telle distinction semble s'imposer dans la pensée juridique par l'état de «victime» effectivement constaté; ne devient-elle pas quelque peu méchronique dans une perspective historique? L'œil sensible de nos âmes bien pensantes d'aujourd'hui regarde trop ces enfants d'hier avec les lunettes *new look* d'un temps transformé. À une époque où la contraception n'existait pas, que les grossesses se suivaient à un rythme accéléré, que la pauvreté régnait dans les familles tirant péniblement leur pain des rudes travaux de la terre, l'enfant, aussitôt qu'il atteignait l'âge de l'autonomie motrice, était d'abord apprécié pour la main d'œuvre qu'il fournissait à l'économie familiale. Aussi, l'historien qui serait appelé à fournir une preuve historique dans le cadre de tels débats juridiques ne saurait être à la hauteur de son rôle de lecteur du passé s'il ne se dépouillait pas, d'abord, de la vision contemporaine de l'enfant-roi à qui on accorde plus de droits que de devoirs et ce, avant même sa naissance, comme l'ont démontré les acrimonieux débats autour du droit à l'avortement.

La complexité de la preuve historique s'arrime alors mal à la simplification de la logique juridique et à l'exigence de cette dernière d'accoucher d'une vérité normative et définitive. Pour le judiciaire, tout jugement est fondé sur une causalité mécanique guidée par l'idée moderne de la responsabilité. *A contrario*, le jugement historique ne s'articule pas à une telle causalité mécanique, puisqu'il doit prendre en compte les conditions, les circonstances et l'héritage du passé. Aussi, la preuve historique, qui cherche avant tout à établir l'unicité d'une situation, ne converge pas nécessairement vers l'analyse causale mécanique de la preuve juridique et ses jugements contenus dans une contextualisation sont incapables de fournir une explication causale cohérente avec la logique causale des jugements judiciaires. Certes, le juriste qui sollicite l'expertise d'un historien aimerait bien que celui-ci lui fournisse des preuves. S'il ne peut concevoir cette divergence de vue, son attente sera déçue. Car il n'appartient pas à la démarche historique de produire des preuves, au mieux peut-elle reconstruire avec chronicité et amplitude des enchaînements plausibles drapés de nuances.

En histoire le seul jugement possible est un jugement réfléchissant duquel on ne peut soustraire l'immanence des valeurs que porte la contextualisation. Le véritable enjeu de l'histoire étant de déterminer les lois, les codes et les valeurs qui régissent une époque et d'en décrire leurs fonctionnements, comment le jugement historique, modelé sur les lois inhérentes à la période étudiée, pourrait-il être appelé pour justifier un jugement judiciaire, déterminant, opérant dans un champ législatif différent? Le jugement historique devient alors incompatible avec tout jugement judiciaire qui, partant d'autres lois, établit un jugement normatif.

Conclusion

L'incompatibilité des finalités de l'une et l'autre démarche expose au grand jour leurs limites respectives. L'historien doit ici reconnaître les bornes de sa discipline : on ne peut poser à l'histoire que les questions auxquelles elle peut répondre et les lois qui structurent une période ne sauraient s'appliquer ni de façon anachronique ni de façon parachronique. Le juriste fera-t-il preuve d'autant d'humilité et saura-t-il définir lui aussi les limites de son champ d'action entre la philanthropie et le droit, comme le recommandait Kant, à la fin du XVIII^e siècle? Ne devrait-il pas reconnaître qu'il ne peut s'élever en don Quichotte atemporel, transhistorique?

La problématique amérindienne qui hante nos tribunaux fournit l'occasion d'un tel examen de conscience pour l'un et l'autre. L'historien

et le juriste devront s'interroger sur l'opportunité de se substituer au politique. En effet, il s'agit bel et bien, dans un tel cas, de palier la pusillanimité du politique qui, par son renoncement à toute prise de position tranchée, relègue au juridique le fardeau des responsabilités sociales et à l'histoire de demain la condamnation à rebours des iniquités contemporaines. Aussi, en acceptant de citer le passé à la barre des témoins, historiens et juristes devraient moins chercher à en user dans un processus de réparation, qu'à le mettre à contribution dans la construction de la conscience politique actuelle.

Car, faut-il le rappeler, la morale a elle aussi son histoire; la bonne conscience d'aujourd'hui n'est en fait que l'idéologie fondamentaliste dénoncée de demain. Dans la France coloniale de Samuel de Champlain, il n'y avait pas de Premières Nations autochtones; il n'y avait pas de nation au sens contemporain du terme, il y avait des royaumes remplis de sujets et un Nouveau Monde rempli de Sauvages que l'on comptait franciser. Dans le Québec pré-Révolution tranquille, la charité chrétienne acceptait bien que l'on mît secrètement à la crèche un enfant non désiré afin de préserver la réputation de toute une famille, voire de deux, voire même de tout un village. Accueillis en surnombre par les religieuses, ils ne purent, tous, recevoir les soins et l'attention souhaitables. Quelques-uns furent heurtés par le système. Voudra-t-on aujourd'hui faire le procès de ces congrégations qui les accueillirent? La bataille est facile, presque gagnée d'avance; depuis le temps qu'on voulait en découdre avec l'institution religieuse, l'occasion était trop belle pour la laisser passer, et donner encore quelque sens à cette Révolution tranquille. Ne serait-il pas plus noble de concentrer les efforts pour redresser les torts du présent?

Aujourd'hui, dans le seul Québec métropolitain, cinq enfants seront enlevés par les agents de la Direction de la protection de la jeunesse pour fin d'enquête sur les agissements de leurs parents. Trois d'entre eux, victimes d'un faux signalement, subiront le traumatisme de voir arriver à leur domicile des inconnus, qui leur ordonneront de les suivre, qui interdiront à leurs parents de les accompagner, qui les feront monter en voiture vers une destination inconnue, qui les conduiront dans un lieu à caractère carcéral où ils seront, comme au Moyen Âge, soumis à la question, la torture en moins. Trois enfants, selon les statistiques officielles et pour le seul Québec métropolitain²¹, se coucheront ce soir dans la hantise

21. Les statistiques pour l'année 1998 rapportent 4 673 signalements. De ce nombre 2 610 sont retenus : 627 sont des signalements déjà enregistrés, 1 983 sont de nouveaux signalements retenus pour fin d'enquête. Après ce que les agents appellent la cueillette de données — et que les parents victimes vivent plutôt comme un enlèvement — seuls 870 cas requerront une intervention, toute nature confondue, de la DPJ.

qu'on vienne à nouveau les enlever, sans mandat et sans aucune autre formalité, sur un simple excès de zèle d'un fonctionnaire qui ne sera jamais imputable de ses actes, puisqu'il est aussi bien protégé que les religieuses du temps de Duplessis. Trois enfants de plus, ce soir, s'ajouteront aux centaines d'autres enfants heurtés, traumatisés, par les agissements d'agents de la Direction de la protection de la jeunesse. Ces enfants ne sont-ils pas les orphelins de Duplessis de demain, lorsque la DPJ ne sera plus au-dessus de la loi? Quel juriste se lèvera ce soir pour exiger que cesse immédiatement cette torture psychologique, en référence à quelque alinéa de quelque texte de loi? Préféreront-ils passer la main à des confrères de demain qui, grâce au concours d'historiens qui auront glané les témoignages de victimes et de témoins disparus, instruiront le procès des «orphelins de la DPJ»? À l'instar de leurs confrères britanniques qui ont préféré laisser à la postérité (ou à d'autres) la conduite du procès contre les exactions commises par le général Pinochet.

La justice trouve plus de crédibilité lorsqu'elle opère dans le même champ référentiel que ses accusés et ses témoins. Tous les régimes génèrent leurs lots d'injustices et de victimes au nom d'une quelconque «Raison d'État», ne convient-il pas de s'attaquer d'abord à celles de notre propre contemporanéité plutôt qu'à celles d'une antériorité révolue?