

Article

« Revendications foncières, "autochtonité" et liberté de religion au Canada »

Ghislain Otis

Les Cahiers de droit, vol. 40, n° 4, 1999, p. 741-772.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/043576ar>

DOI: 10.7202/043576ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

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 à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

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. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

Revendications foncières, « autochtonité » et liberté de religion au Canada

Ghislain OTIS*

La liberté de religion peut-elle être assurée par un système juridique en dehors de l'idéologie individualiste et « universalisante » des droits fondamentaux ? L'auteur tente de répondre à cette question en prenant pour champ d'investigation le droit canadien relatif aux peuples autochtones. Dans la première partie de son étude, il souligne l'importance de la référence religieuse dans les revendications foncières des autochtones et explique comment le droit constitutionnel canadien, en reconnaissant les droits ancestraux et les droits issus de traités des peuples autochtones, consacre le principe de l'« autochtonité » comme fondement autonome de droits religieux afférents à la terre et aux ressources naturelles. De cette analyse, il ressort que les communautés autochtones pourront revendiquer des droits sur certains sites qu'elles tiennent pour sacrés ainsi que des droits d'usage religieux des terres et ressources naturelles du domaine public.

Si la consécration constitutionnelle de droits religieux sui generis en marge de toute charte des droits individuels ne fait pas de doute, l'auteur met en évidence dans la seconde partie de l'article les diverses contraintes inhérentes à la conception traditionaliste que se fait la Cour suprême du Canada de l'« autochtonité » comme assise des droits ancestraux. Ces contraintes religieuses tiennent principalement à l'importance déterminante que la Cour accorde au référent culturel précolonial dans la définition des droits ancestraux et à la représentation « sacralisante » de la terre qui imprègne le régime du titre aborigène esquissé dans l'affaire Delgamuukw c. Colombie-Britannique.

* Professeur titulaire, vice-doyen aux programmes d'études de deuxième et troisième cycles et à la recherche, Faculté de droit, Université Laval.

L'auteur relève en outre les dangers que pourrait poser pour la liberté individuelle de religion le communautarisme foncier propre au titre aborigène. Il indique à cet égard les moyens juridiques susceptibles d'être déployés, au nom des droits fondamentaux, pour préserver les individus de l'enfermement religieux par le groupe. Enfin, l'auteur conclut que, dans l'état actuel de la jurisprudence, les droits religieux particuliers reconnus aux peuples autochtones ne s'accompagnent pas d'une véritable liberté de religion permettant aux autochtones contemporains de redéfinir librement leur rapport à la terre et aux ancêtres.

Can a legal system effectively protect freedom of religion without grounding such freedom on the individualistic and « universalistic » ideology of human rights ? The author addresses this issue by investigating aspects of Canadian aboriginal law. In the first part of the paper, he underscores the importance of religious discourse in aboriginal land claims and explains how Canadian constitutional law, in recognizing and affirming the aboriginal and treaty rights of first peoples, enshrines « aboriginality » as a discrete basis for religious rights pertaining to the land and its natural resources. From this analysis, it is maintained that aboriginal communities may lay claim to rights on certain sites that they hold as sacred as well as entitlements to the religious use of resources on Crown land.

*In the second part of the paper, the author shows that while the constitution undoubtedly recognises sui generis religious rights that are distinct from individual Charter rights, various constraints arise from the Supreme Court's traditionalist conception of aboriginality. These religious constraints are due to the central significance given by the Court to precolonial aboriginal culture in defining aboriginal rights and to the fact that the aboriginal title regime spelled out in *Delgamuukw v. British Columbia* is dominated by the notion that an aboriginal community's land is sacred.*

The author then outlines the dangers for individual freedom of religion which could result from the communal nature of aboriginal title. He identifies legal techniques whereby basic human rights principles can be employed to preserve individuals from religious confinement by the group. Professor Otis concludes that the special religious rights of the aboriginal peoples, as they are currently defined in the case law, do not afford

true freedom of religion since current day aboriginal communities and individuals are not entirely free to revisit their relationship with the land and their ancestors.

	<i>Pages</i>
1. L'« autochtonité » : le fondement singulier de droits religieux dans l'ordre constitutionnel canadien	744
1.1 La prégnance de la référence religieuse dans la revendication foncière autochtone	744
1.2 La validation constitutionnelle du contournement « autochtoniste » des droits fondamentaux	748
1.2.1 La consécration constitutionnelle de l'« autochtonité » comme fondement autonome de droits religieux	748
1.2.2 Les droits ancestraux et les droits issus de traités : les véhicules constitutionnels de l'« autochtonité »	750
1.2.2.1 Les droits ancestraux	750
1.2.2.2 Les droits issus de traités	752
1.3 Les droits religieux des autochtones sur les terres et les ressources naturelles	755
1.3.1 Les droits sur les sites sacrés	755
1.3.2 Les droits d'usage religieux des terres et des ressources naturelles du domaine public	757
1.4 La référence religieuse au-delà de la revendication religieuse	759
1.4.1 L'incidence possible de la référence religieuse sur la revendication d'un titre aborigène	759
1.4.2 La sacralisation ancestrale de la terre et l'interprétation des traités	760
2. L'« autochtonité » : un obstacle à la liberté de religion	762
2.1 La contrainte religieuse découlant du dogme traditionaliste appliqué aux droits ancestraux	762
2.1.1 Le carcan précolonial des « droits-activités » religieux	762
2.1.2 Les attributs du titre aborigène ou la sacralisation forcée de la terre	764
2.1.2.1 Le statut communautaire de la terre autochtone	765
2.1.2.2 L'inaliénabilité de la terre des ancêtres	766
2.1.2.3 L'intangibilité des affectations fondatrices du titre aborigène	768
2.2 Le spectre d'un enclavement religieux de l'individu par la communauté	769
Conclusion	772

Le présent texte rend compte de quelques réflexions sur le rôle des droits fondamentaux dans la validation et la limitation des revendications de liberté de religion. La tâche que nous nous sommes assignée consiste plus précisément à vérifier la possibilité d'une dissociation juridique de la liberté de religion et des droits fondamentaux. La liberté de religion participe-t-elle nécessairement de la catégorie des droits fondamentaux ? Peut-elle s'inscrire dans l'ordre juridique en dehors de l'idéologie universaliste et individualiste consacrée dans les grandes chartes modernes des droits et libertés ? Quelles seront les conséquences, pour la liberté des individus, du fait de récuser les droits fondamentaux comme assise des revendications de droits en matière religieuse ?

Pour esquisser une réponse à ces questions, nous avons choisi d'exploiter le terreau analytique très fertile du droit canadien relatif aux peuples autochtones. L'intérêt de cette expérience canadienne et québécoise vient du fait qu'elle représente un cas clair de reconnaissance constitutionnelle de droits religieux à partir d'un fondement idéologique autre que l'individualisme libéral des droits fondamentaux.

Utilisant les données relatives à la question foncière, nous voulons d'abord (section 1) expliquer comment le régime de protection constitutionnelle des droits autochtones au Canada peut servir d'assise à des revendications religieuses afférentes aux terres et aux ressources naturelles. Nous décrivons aussi sommairement en quoi consistent les droits religieux particuliers des autochtones ainsi que l'incidence plus large de la référence religieuse sur les réclamations foncières des « premières nations ».

Cependant, le principe de l'« autochtonité » pourrait-il en réalité n'étayer que des *droits religieux sans liberté de religion* ? En posant la question de l'« autochtonité » comme entrave à la liberté de religion (section 2), nous entendons jauger la part de contrainte religieuse que comporte la tendance, de plus en plus saillante dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, à la dogmatisation traditionaliste de l'« autochtonité » comme fondement de droits sur la terre et les ressources. Nous voulons également évaluer l'effet du communautarisme foncier constitutionnalisé par la Cour suprême sur la liberté individuelle de religion.

1. L'« autochtonité » : le fondement singulier de droits religieux dans l'ordre constitutionnel canadien

1.1 La prégnance de la référence religieuse dans la revendication foncière autochtone

Les revendications autochtones, surtout celles qui sont liées à la terre et aux ressources naturelles, sont généralement reçues dans la population

majoritaire comme des demandes socioéconomiques et politiques se rapportant à la répartition des biens fonciers en tant que richesses intégrées à l'économie marchande.

Pourtant, les actions politiques autochtones qui, au cours des dernières années, ont suscité les plus vives controverses présentaient un élément de revendication religieuse : la résistance pacifique voire armée à des projets de développement perçus comme une menace à l'intégrité de lieux d'inhumation¹, l'occupation de terres du domaine étatique ou privé au nom de la libre fréquentation des lieux consacrés aux pratiques religieuses² de même que la désobéissance individuelle ou collective aux lois concernant la chasse et la pêche jugées contraires aux droits historiques de libre usage de la terre et des ressources comme composantes traditionnelles de la vie spirituelle autochtone³.

La référence religieuse influe également sur les négociations politiques ayant pour objet le règlement global des revendications territoriales autochtones⁴. Ainsi, un chef innu du Québec, expliquant la position de sa communauté dans les pourparlers relatifs à la conclusion d'un traité avec l'État, incluait les droits religieux parmi les composantes de la maîtrise contemporaine de la terre ancestrale :

-
1. Lors des « événements » d'Oka au Québec et d'Ipperwash en Ontario, les autochtones ont fait valoir des revendications se rapportant notamment à des lieux considérés comme des sites traditionnels de sépulture : voir R. BOBIWASH, « The Sacred and the Profane : Indigenous Lands and State Policy », dans J. OAKES *et al.* (dir.), *Sacred Lands, Aboriginal World Views, Claims, and Conflicts*, Edmonton, Canadian Circumpolar Institute Press, 1998, p. 203, aux pages 204-205.
 2. *Ibid.* : les affrontements entre les autochtones et les forces de l'ordre à Gustafsen Lake en Alberta avaient pour enjeu l'accès des autochtones à un emplacement utilisé pour les cérémonies traditionnelles de la danse du soleil.
 3. Les autochtones recourent fréquemment à la stratégie des « causes types » qui consiste à défier la législation en matière de chasse et de pêche en vue d'amener le Ministère public à instituer des poursuites pénales qui deviennent alors l'occasion d'avancer des revendications de droits historiques sur la terre et les ressources. C'est ainsi, par exemple, que des membres de la communauté huronne-wendat ont pu faire reconnaître par la Cour suprême l'existence d'un traité leur garantissant le libre exercice de leur religion : voir *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025.
 4. En marge de la problématique foncière, le droit ancestral autochtone de se conformer aux lois naturelles du Créateur dans l'organisation des rapports entre l'homme et la femme (*Sawridge Band c. Canada*, [1995] 4 C.N.L.R. 121 (C.F. 1^{re} inst.) ordonnance de nouveau procès, *Bande de Sawridge c. Canada*, [1997] 3 C.F. 580 (C.F.A.)) et de pratiquer librement les rites ancestraux de purification et d'inhumation (*Thomas c. Norris*, [1992] 2 C.N.L.R. 139 (C.S.C.-B.) ; *Waskewitch v. Hastings*, [1999] S.J. (Quicklaw) n° 536 (B.R.Sask.)) a également été invoqué pour contester la constitutionnalité de lois civiles ou pénales dans leur application aux communautés amérindiennes.

Il y a également les droits religieux, c'est-à-dire le droit à la préservation des lieux sacrés, des lieux de rencontre cérémonielle, des sites géographiques spirituels, des objets sacrés, des lieux d'énergie et des lieux thérapeutiques, des lieux de rêves et des visions... Il s'agit de lieux qui seront importants pour les générations futures, pour qu'elles connaissent leur culture⁵.

La revendication autochtone exprime aussi parfois une volonté d'investissement religieux plus global de l'espace et des ressources⁶. Selon la *Charte de la Terre des peuples autochtones*, « [I]es peuples autochtones ont été placés sur notre mère, la Terre, par le Créateur. Nous appartenons à la terre. Nous ne pouvons pas être séparés de nos terres et de nos territoires⁷. »

Ainsi, un groupe d'Innus du Québec tente actuellement, en invoquant notamment le « lien spirituel » l'unissant aux terres ancestrales, d'obtenir des tribunaux une injonction interdisant la réalisation d'un projet minier qui, selon les requérants autochtones, « rompra les liens spirituels et autres des demandeurs avec une partie considérable de leurs terres traditionnelles, entravant ainsi l'exercice des pratiques spirituelles et culturelles et portant atteinte à leur liberté de religion⁸ ».

-
5. J. KURTNESS, « Le point de vue des Innus », dans P. TRUDEL (dir.), *Autochtones et Québécois : la rencontre des nationalismes. Actes du colloque tenu les 28 et 29 avril 1995, au Cégep du Vieux-Montréal*, coll. « Dossier », Montréal, Recherches amérindiennes au Québec, 1995, p. 73.
 6. « Within the Indian worldview all land is sacred. Most Indian people refer to the land as Mother Earth meaning not only the sustenance that is derived from it but the relationship of nurture, care and love that characterizes the relationship of Indian nations with specific areas of land » : R. BOBIWASH, *loc. cit.*, note 1, 206.
 7. ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL. COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. SUBCOMMISSION ON PREVENTION OF DISCRIMINATION AND PROTECTION OF MINORITIES. WORKING GROUP ON INDIGENOUS POPULATIONS, *Other Matters, including Meeting and Seminars and the Voluntary Fund for Indigenous Population: Information Received from Indigenous People and Non-gouvernemental Organisations*, Nations Unies, document E/CN.4/sub.2/AC.4/1994/12, art. 31. Cette déclaration a été adoptée à Cariocas (Rio) à l'occasion de la Conférence mondiale des peuples autochtones sur le territoire, l'environnement et le développement, tenue du 25 au 30 mai 1992. Les études qui soulignent le phénomène de la sacralisation du monde naturel dans les cultures autochtones ne se comptent plus : voir notamment CANADA, COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones : une relation à définir, deuxième partie*, t. 2, Ottawa, Groupe communications Canada, 1996, pp. 494-499. Le professeur Youngblood-Henderson a bien résumé la perspective traditionnelle autochtone en écrivant que « the aboriginal vision of property was ecological space that creates our consciousness, not an ideological construct or fungible resource [...] a vision of different realms enfolded into a sacred space » : voir J. YOUNGBLOOD-HENDERSON, « Mikmaw Tenure in Atlantic Canada », (1995) 18 *Dalhous. L.J.* 196, 217-218.
 8. *Mckenzie c. Le procureur général du Québec*, C.S. Montréal, n° 500-05-027983-962, déclaration des demandeurs, p. 7.

Une logique de territorialité religieuse se nourrit des représentations cosmologiques dont seraient tributaires le régime des biens et surtout celui de la terre. Revendication religieuse et revendication foncière sont alors interdépendantes, le rapport de l'autochtone à l'espace foncier et le prélèvement de la ressource relevant de l'ordre du sacré.

Derrière l'activisme politicojuridique autochtone se profile un certain courant canalisant le mal-être autochtone et proposant la revivification des valeurs ancestrales refoulées depuis le contact avec le colonisateur. Cette quête de reconstruction identitaire a certes favorisé la généralisation de l'argument religieux dans les demandes foncières des autochtones.

Le rapport contemporain de l'autochtone à la terre, au-delà de l'exaltation du lien organique à la *Terra Mater*, n'est toutefois pas que spirituel. Il est aussi matériel et utilitaire. L'aspiration au développement économique fondé sur une exploitation marchande des terres traditionnelles fait également partie de l'univers autochtone contemporain qui, malgré la fixation passéiste de certains, tend à dépasser l'opposition souvent débiliteuse entre tradition et modernité.

Certes, la complexité de la logique « autochtoniste » était à la fois un désir de pérenniser ce qui est présenté comme un lien spirituel insécable à la terre et une volonté de voir consacrer une maîtrise foncière souvent réclamée en des termes évoquant le modèle « propriétaire ». Cette tension entre la valeur religieuse de la terre et son statut de « bien » trahit sans nul doute la recherche d'une synthèse entre l'héritage précolonial et l'imbrication irréversible dans la société marchande.

Il n'est donc guère surprenant d'observer que le rôle de la référence religieuse ou spirituelle dans les revendications foncières fondées sur le principe de l'« autochtonité » dépasse les enjeux liés à l'utilisation proprement religieuse des terres et des ressources au Canada. Le discours politique et judiciaire des autochtones fait en effet ressortir une certaine instrumentalisation de la spiritualité traditionnelle au service d'une revendication économique qui valide l'exploitation « profane » de la terre⁹.

Dans sa réflexion sur le sens contemporain de la figure de la *Terra Mater*, un auteur a fort justement noté ce qui suit :

Tout ceci ne signifie pas pour autant que les autochtones d'aujourd'hui considèrent que la terre est intangible et inexploitable suivant la technologie moderne. Pas plus

9. Ainsi, comme nous l'expliquerons plus loin, la sacralisation ancestrale de la terre sera parfois invoquée pour établir l'occupation historique des terres comme condition d'existence d'une maîtrise foncière générale et non strictement religieuse : voir par exemple *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

qu'ils n'oublient que la nature peut être inamicale. Mais ils utilisent ces représentations, qui correspondent à une partie de leur passé et à nos nostalgies, pour mieux contrôler leur présent et leur avenir¹⁰.

En outre, le recours à l'argument religieux franchit une étape décisive lorsque les autochtones avancent que leurs droits ancestraux sur la terre emportent nécessairement le contrôle politique de l'espace visé¹¹. Il y a alors fusion du foncier sacralisé et de la territorialité de droit public pour fonder une revendication de puissance gouvernementale autochtone. Selon la Commission royale sur les peuples autochtones, l'autorité gouvernementale aurait elle-même, dans la perspective autochtone, une assise religieuse. La Commission évoque en effet une « tradition gouvernementale » autochtone selon laquelle « la loi se fonde sur des instructions données par le créateur » en vertu de laquelle « ne pas vivre selon la loi c'est tourner le dos aux dons du créateur, abandonner ses responsabilités et nier un mode de vie¹². »

1.2 La validation constitutionnelle du contournement « autochtoniste » des droits fondamentaux

Dans l'organisation des rapports entre l'État et les peuples autochtones, le système constitutionnel canadien permet en quelque sorte de contourner les droits fondamentaux comme assise des droits en matière religieuse. Au lieu de faire reposer entièrement tout droit et toute liberté d'ordre religieux sur les valeurs universelles d'autonomie individuelle, d'égalité et de pluralisme, il légitime une revendication religieuse fondée sur la logique exclusiviste et différentialiste de l'« autochtonité »¹³.

1.2.1 La consécration constitutionnelle de l'« autochtonité » comme fondement autonome de droits religieux

La Constitution du Canada comprend un instrument général de protection des droits fondamentaux, savoir la *Charte canadienne des droits et*

10. N. ROULAND, S. PIERRÉ-CAPS et J. POUWERÈDE, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996, p. 471.

11. Voir, entre autres, M. ASCH et N. ZLOTKIN, « Affirming Aboriginal Title: A New Basis for Comprehensive Land Claims Negotiations », dans M. ASCH (dir.), *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equity, and Respect for Difference*, Vancouver, UBC Press, 1997, p. 208, aux pages 214-215.

12. CANADA, COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op. cit.*, note 7, pp. 133-134.

13. Il ne faudrait cependant pas penser que la consécration de droits historiques en matière religieuse constitue une approche totalement inédite en droit constitutionnel canadien. En effet, les catholiques et les protestants ont, dès 1867, profité de droits spéciaux en ce qui concerne le caractère confessionnel d'un établissement scolaire.

*libertés*¹⁴. Cette dernière garantit à tous les individus, y compris les membres des communautés autochtones, leur liberté de religion et de conscience¹⁵. Les citoyens autochtones se prévalent d'ailleurs volontiers, devant les tribunaux, de cette liberté fondamentale, individuelle et universelle¹⁶.

Ce sont toutefois les droits constitutionnels particuliers liés à leur statut exclusif d'autochtone qui constituent aujourd'hui leur principal cheval de bataille dans le contentieux relatif aux terres et aux ressources naturelles. Une telle stratégie trouve sa justification juridique dans la *Loi constitutionnelle de 1982* qui a marqué une avancée remarquable de l'« autochtonité » en « reconnaissant et confirmant », sans toutefois les définir, les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones du Canada¹⁷.

Prenant ainsi le relais de l'ancienne *common law* coloniale et de la *Proclamation royale de 1763*¹⁸, le constituant consacre, de l'avis même de la Cour suprême du Canada, un ensemble encore largement indéterminé de droits *sui generis* dont les fondements sont étrangers à la philosophie universaliste des droits de la personne. Le juge en chef de la Cour affirme sans équivoque l'autonomie des droits autochtones par rapport aux chartes des droits et libertés individuels :

Selon la philosophie du siècle des lumières, qui a inspiré le Bill of Rights des États-Unis et, plus indirectement la Charte, les droits appartiennent à tous les membres de la société, étant donné que chacun a droit à la dignité et au respect. Les droits sont généraux et universels ; ils constituent la manière dont la « dignité inhérente »

-
14. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11).
 15. *Ibid.* ; l'article 2 de la Charte se lit comme suit : « Chacun a les libertés fondamentales suivantes : a) liberté de conscience et de religion ».
 16. Voir, par exemple, *McGrady et al. v. Ontario et al.*, (1993) 61 O.A.C. 286 (C.Div. Ont.) ; *Polar Point Ojibway Nation v. Ontario*, [1993] O.J. (Quicklaw) n° 601 (C.Div.Ont.) ; *Regina Correctional Center v. Saskatchewan (Department of Justice)*, [1995] S.J. (Quicklaw) n° 350 (B.R.Sask.) ; *Bearshirt v. The Queen*, [1987] 2 C.N.L.R. 55 (B.R.Alb.) ; *Kelly Lake Cree Nation v. Canada (Minister of Energy and Mines)*, [1998] B.C.J. (Quicklaw) n° 2471 (C.S.C.-B.) ; *Eel Ground Indian Band v. New Brunswick* [1998] N.B.J. (Quicklaw) n° 427 (B.R.N.-B.) ; *George v. Harris*, [1999] O.J. (Quicklaw) n° 639 (Div.gén.Ont.) ; *Waskewich c. Hastings*, précité, note 4.
 17. L'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11) (ci-après citée *Loi constitutionnelle de 1982*), dispose ceci : « Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. »
 18. Une analyse des origines et de la nature des droits ancestraux en *common law* figure dans : *Calder c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1973] R.C.S. 313 ; *Guérin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335 ; *R. c. Van Der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.

à chaque individu dans la société est respectée [...]. Toutefois, les droits ancestraux ne peuvent être définis par l'application des préceptes de cette philosophie. Même s'ils ont une portée et une importance égales aux droits inscrits dans la Charte, les droits ancestraux doivent être considérés différemment des droits garantis par la Charte, parce qu'ils sont détenus seulement par les autochtones au sein de la société canadienne. Les droits ancestraux tirent leur origine du fait que les peuples autochtones sont autochtones¹⁹.

En fait, le constituant a même voulu formuler explicitement la différenciation idéologique entre l'héritage moderne des droits fondamentaux et le legs ancestral de l'« autochtonité ». Il l'a fait en insérant dans l'article 25 de la *Charte canadienne des droits et libertés* une disposition « de sauvegarde » en vue d'empêcher la neutralisation des droits autochtones par le jeu concurrentiel de la Charte des droits individuels²⁰.

1.2.2 Les droits ancestraux et les droits issus de traités : les véhicules constitutionnels de l'« autochtonité »

Aux termes de la Constitution, les droits autochtones, y compris les droits religieux, peuvent découler de deux sources qui, pour distinctes qu'elles soient, pourront être complémentaires : les droits ancestraux et les droits issus de traités. Les contours juridiques de chacune de ces catégories de droits ont été tracés par une jurisprudence qui n'en a toutefois pas encore, il s'en faut de beaucoup, jaugé toutes les virtualités.

1.2.2.1 Les droits ancestraux

Selon la Cour suprême du Canada, les droits ancestraux trouveraient leur fondement dans le principe de l'« autochtonité » c'est-à-dire la préexistence multiséculaire des peuples aborigènes sur le territoire canadien en tant que sociétés organisées²¹. La Cour qualifie ces droits de « préexis-

19. *R. c. Van Der Peet*, précité, note 18, par. 18-19. La Cour a réaffirmé dans l'affaire *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, au paragraphe 71, que « les droits ancestraux reconnus par le par. 35(1) sont fondamentalement différents des droits garantis par la Charte ».

20. L'article 25 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, (précitée, note 14, énonce ceci : « Le fait que la présente Charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada ».

21. Dans l'affaire *R. c. Van Der Peet*, précitée, note 18, par. 30, le juge en chef déclare : « À mon avis, la doctrine des droits ancestraux existe et elle est reconnue et confirmée par le par. 35(1), et ce pour un fait bien simple : quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles. C'est ce fait, par-dessus tout, qui distingue les peuples autochtones de tous les autres groupes minoritaires du pays et qui commande leur statut juridique — et maintenant constitutionnel — particulier. »

tants » pour rendre compte du fait qu'ils ne doivent leur existence à aucune concession étatique, c'est-à-dire que les autochtones les tiennent en principe directement de leurs ancêtres en vertu des régimes fonciers précoloniaux²².

La plus haute juridiction du pays établit en outre une corrélation nécessaire entre la consécration des droits ancestraux dans l'ordre étatique et l'affirmation du particularisme culturel autochtone : « le critère d'identification des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doit viser à reconnaître les éléments fondamentaux de ces sociétés distinctives préexistantes²³ ».

Puisqu'ils ont pour finalité d'affirmer et de protéger la différence autochtone, les droits ancestraux sont indissociables, dans l'esprit de la Cour, de l'héritage culturel précolonial. Dès lors, pour être protégé à titre de droit ancestral, l'usage d'une ressource ou l'occupation exclusive d'un espace foncier par une collectivité autochtone contemporaine devra représenter un aspect fondamental de la culture distinctive que cette collectivité a reçue de ses ancêtres²⁴.

La Cour a jusqu'à maintenant dégagé deux grandes catégories de droits ancestraux se rapportant à la terre ou aux ressources naturelles. La première, que l'on peut qualifier de « droits-activités », autorise les autochtones à s'adonner à diverses activités précises sur des terres pour lesquelles ils ne sont pas par ailleurs titulaires du titre foncier et qui seront essentiellement des terres du domaine public²⁵. Il pourra dans ce cas y avoir superposition ou juxtaposition de droits autochtones et allochtones sur un même fond de terre. La seconde catégorie de droit ancestral concerne le « titre

22. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 9, par. 114. La nature et le contenu des droits ancestraux sont toutefois définis par le droit étatique qui ne se contente pas de recevoir en bloc les régimes fonciers autochtones d'origine précoloniale : voir G. OTIS, « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones », (1999) 40 *C. de D.* 591.

23. *R. c. Van Der Peet*, précité, note 18, par. 44.

24. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 9, par. 150-151 ; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, par. 26.

25. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 9, par. 138-140. La possibilité que des droits ancestraux puissent subsister sur le domaine privé ne peut encore être exclue. Voir notamment K. McNEIL, « Co-existence of Indigenous Rights and other Interests in Land in Australia and Canada », [1997] 3 C.N.L.R. 1. Attendons-nous cependant à ce que les tribunaux évitent de mettre en péril les bonnes relations entre autochtones et non-autochtones en fragilisant outre mesure les titres fonciers de ces derniers : voir, entre autres, *Chippewas of Sarnia Band v. Canada (Attorney General)*, [1999] O.J. (Quicklaw) n° 1406 (C.S.Ont.).

aborigène » (titre ancestral) qui donne à la communauté titulaire la maîtrise exclusive et générale, quoique relative, de l'espace foncier²⁶.

1.2.2.2 Les droits issus de traités

Quant aux droits issus de traités, ils résultent d'une pratique historique de la Couronne britannique, pratique perpétuée jusqu'à aujourd'hui par l'État canadien, consistant à sécuriser et à légitimer l'entreprise de peuplement autochtone de l'Amérique du Nord par la conclusion d'accords avec les diverses tribus amérindiennes²⁷, lesquels accords ont de tout temps été qualifiés de « traités²⁸ ». Bien qu'elles ne relèvent pas de l'ordre juridique international, ces ententes sont, selon les termes de la Cour suprême, « sacrées » en ce qu'elles représentent « la parole de l'homme blanc », engageant l'honneur de Sa Majesté et constituent une source formelle de droits et d'obligations exécutoires²⁹.

Les traités indiens, y compris les très récentes ententes sur les revendications territoriales des autochtones³⁰, participent d'une catégorie contractuelle tout à fait singulière dans l'ordre interne puisqu'ils expriment une relation juridique exclusive entre l'État et les autochtones en tant que composantes différenciées du corps social et politique³¹. Il faut dès lors constater que, à l'instar d'une réclamation de droits ancestraux, la

26. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 9, par. 117 et 155.

27. La Cour suprême écrit : « Les traités peuvent sembler n'être que de simples contrats. Pourtant, ils sont bien plus que cela. En effet, ils constatent un échange solennel de promesses entre Sa Majesté et diverses premières nations. Ils ont souvent constitué le fondement de la paix et de l'expansion de la colonisation européenne » : *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, par. 24.

28. Comme l'explique la Cour suprême, « [l]a situation sui generis dans laquelle se trouvaient les Indiens avait forcé les métropoles européennes à leur reconnaître une autonomie suffisante pour que puissent être valablement créées des ententes solennelles qu'on a appelées « traités », indépendamment du sens strict que le droit international accordait et accorde toujours à ce terme » : voir *R. c. Sioui*, précité, note 3, 1056.

29. *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, 401 ; *R. c. Sioui*, précité, note 3, 1063 ; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 41 ; *R. c. Sundown*, précité, note 27, par. 24.

30. L'article 35 (3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 17, précise que « sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis ».

31. Comme le souligne cependant la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Marshall*, C.S.C. n° 26014, 17 septembre 1999, par. 45-47, la substance des droits conférés aux autochtones par un traité ne diffèrera pas nécessairement des droits reconnus aux autres citoyens. Il reste que seuls les autochtones peuvent se prévaloir à l'encontre des autorités étatiques d'un droit fondé sur un traité bénéficiant de la protection supralégislative de la Constitution.

revendication de droits religieux issus de traités est fondamentalement « autochtoniste » en ce qu'elle ne s'inspire pas au premier chef des valeurs d'universalité et d'égalité des citoyens qui forment le soubassement idéologique des droits fondamentaux.

La portée et la nature précises des droits issus de traités seront fonction des termes de l'accord conclu entre le groupe autochtone et les représentants de l'État³². Le document attestant d'une entente entre les parties n'énoncera toutefois pas nécessairement de manière exhaustive les termes de l'accord. En effet, pour dégager de manière complète la teneur d'un traité, le juge pourra, en se référant notamment à la preuve dite « extrinsèque » présentée par les parties, procéder à une analyse contextuelle de l'instrument écrit³³. Cette démarche l'aidera à établir l'intention commune des parties en restituant la trame factuelle, historique et politique dans laquelle s'inscrivait la relation entre les autochtones et la Couronne au moment de la négociation du traité. S'attachant à circonscrire les objectifs que cherchaient à atteindre les protagonistes en concluant le traité, et notamment la compréhension qu'avaient les autochtones du sens de l'accord³⁴, le juge pourra intégrer au traité des promesses et des ententes verbales passées sous silence dans le document³⁵ ; il pourra encore débusquer certains termes « implicites » de l'accord, c'est-à-dire des dispositions dont le document, pris isolément, ne permet pas de rendre compte mais qui sont néanmoins jugées essentielles à la réalisation de l'intention des parties³⁶.

Dans la plupart des cas, les traités ont pour objet le règlement définitif de la question foncière autochtone par la création, en échange d'une renonciation de la partie autochtone à ses prétentions ancestrales sur la terre, de réserves foncières autochtones et par la reconnaissance de droits limités

32. Sur la nécessité de prendre en considération la spécificité de chaque traité, voir *R. c. Sundown*, précité, note 27, par. 25.

33. Dans l'affaire *R. c. Marshall*, précitée, note 31, aux paragraphes 9 à 14, la Cour suprême confirme que l'analyse contextuelle fondée sur la preuve extrinsèque constitue la règle générale et non l'exception lorsqu'il s'agit de déterminer la portée d'un traité. Il paraît vraisemblable que les tribunaux prendront également en considération la preuve extrinsèque pour interpréter les traités contemporains que sont les récents accords sur des revendications territoriales. Cependant, le contexte entourant la négociation et la conclusion de ces accords, de même que le légalisme souvent pointilleux des parties qui consignent systématiquement le détail de leur volonté dans de volumineux documents, rend peu probable que des dispositions « implicites » soient superposées au texte de manière à en infléchir substantiellement la portée.

34. Voir, par exemple, *R. c. Sioui*, précité, note 3, 1035, 1036 et 1044 ; *R. c. Badger*, précité, note 29, par. 52 ; *R. c. Marshall*, précité, note 31, par. 19-21.

35. *R. c. Badger*, précité, note 29, par. 54-58 ; *R. c. Marshall*, précité, note 31, par. 29-31.

36. Voir *R. c. Marshall*, précité, note 31, par. 43-44.

d'exploitation des ressources en dehors de ces réserves³⁷. Bien que ces traités fonciers ne contiennent généralement aucune reconnaissance explicite de droits ou libertés du type religieux³⁸, il fait peu de doute que les activités qu'ils autorisent le plus souvent, dont la fréquentation des terres traditionnelles et le prélèvement des ressources fauniques, pourront être menées par rapport à des pratiques religieuses³⁹.

L'inscription constitutionnelle des droits autochtones depuis 1982⁴⁰ les rend opposables à toute action étatique, y compris à la loi. Lorsque l'existence d'un droit religieux est établie par les revendicateurs autochtones aux termes de l'article 35 de la Constitution, le libre exercice de ce droit ne peut être substantiellement entravé⁴¹ que lorsqu'un objectif gouvernemental important le commande et que les moyens déployés pour la mise en œuvre de cet objectif reflètent la prise en considération équitable des droits spéciaux du groupe autochtone⁴². Une mesure des pouvoirs publics attentatoire aux droits autochtones sera déclarée inconstitutionnelle par les tribunaux judiciaires et, par voie de conséquence, privée de tout effet⁴³.

-
37. Une présentation schématique d'un grand nombre de traités figure dans R.A. REITER, *The Law of Canadian Indian Treaties*, Edmonton, Juris Analytica Publishing, 1995.
38. Voir cependant le traité de Murray, un traité de paix et d'alliance, reconnu et appliqué par la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Sioui*, précitée, note 3.
39. C'est, par exemple, le postulat qui semble partagé par les parties dans l'affaire *Kelly Lake Cree Nation c. Canada (Minister of Energy and Mines)*, précitée, note 16. Voir également *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1999] B.C.J. (Quicklaw) n° 1880 (C.A.C.-B.), par. 181 et 187.
40. L'absence de protection constitutionnelle des droits ancestraux ou issus de traités rendait possible, avant 1982, l'extinction pure et simple de ces droits lorsque l'autorité législative compétente exprimait une intention « claire et manifeste » d'opérer pareille extinction : voir *Calder c. Colombie-Britannique*, précité, note 18, 404 ; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1097 ; *R. c. Gladstone*, précité, note 19, par. 31 ; *R. c. Badger*, précité, note 29, par. 44-47 ; *R. c. Marshall*, précité, note 31, par. 48. Dans l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précitée, note 9, par. 178, 181, la Cour suprême a statué que seul le Parlement fédéral pouvait éteindre le titre aborigène.
41. Les tribunaux constateront une atteinte à première vue aux droits ancestraux ou issus de traités lorsqu'ils seront en présence d'une « diminution appréciable » de ce droit : voir *R. c. Gladstone*, précité, note 19, par. 43 ; *R. c. Marshall*, précité, note 31, par. 64.
42. Voir notamment : *R. c. Sparrow*, précité, note 40, 1109-1111 ; *R. c. Gladstone*, précité, note 19, par. 54-75 ; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 9, par. 160-169.
43. Les tribunaux peuvent neutraliser toute loi enfrenant les droits autochtones en s'autorisant de l'article 52 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 17, qui dispose que « [l]a Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». Voir, par exemple, *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013.

1.3 Les droits religieux des autochtones sur les terres et les ressources naturelles

1.3.1 Les droits sur les sites sacrés

Certains lieux sont tenus pour sacrés par les communautés autochtones⁴⁴. Il peut s'agir de sites naturels plus ou moins vastes que la tradition orale d'une communauté investit d'une grande importance spirituelle et mythique en tant que sanctuaires, lieux de prière ou de culte. La jurisprudence comprend l'exemple de montagnes faisant l'objet de revendications foncières autochtones de nature religieuse⁴⁵. Ce pourra aussi être un site modifié ou aménagé par l'être humain, tel un lieu ancestral d'inhumation⁴⁶.

Invoquant cette sacralisation séculaire des espaces fonciers, les autochtones revendiquent, au nom des droits ancestraux ou issus de traités garantis par la Constitution, différents types de maîtrise religieuse sur ces espaces⁴⁷. La revendication de droits sur des sites religieux particuliers interviendra généralement, comme cela ressort des affaires portées à ce jour devant les différentes juridictions canadiennes, en opposition aux utilisations du territoire aux fins d'exploitation industrielle, commerciale, agricole ou résidentielle.

La demande autochtone pourra être exclusiviste, comme ce sera habituellement le cas dans les affaires concernant les lieux de sépulture, c'est-à-dire qu'elle a pour enjeu la consécration d'un véritable titre foncier religieux faisant en principe obstacle à toute présence de tiers de même qu'à toute utilisation profane du lieu.

-
44. Selon un auteur, « [w]hat distinguishes some places on the land from other places on the land is that some places, by virtue of their use (i.e. burial or ceremonial sites), their geological significance, their importance within the cosmography of a Native group (their cultural significance) or their use by animals (i.e. breeding grounds), bear different sets of responsibilities than other places » : R. BOBIWASH, *loc. cit.*, note 1, 206. Voir aussi B. CUMMINS et K. WHITEDUCK, « Towards a Model for the Identification and Recognition of Sacred Sites », dans J. OAKES *et al.* (dir.), *op. cit.*, note 1, p. 3.
45. Voir *Kelly Lake Cree Nation c. Canada (Minister of Energy and Mines)*, précité, note 16.
46. *Polar Point Ojibway Nation c. Ontario*, précité, note 16 ; *British Columbia (Attorney General) v. Swan*, [1989] B.C.J. (Quicklaw) n° 1708 (C.S.C.-B.) ; *Mount Currie Indian Band v. International Forest Products Ltd.*, [1991] B.C.J. (Quicklaw) n° 703 (C.S.C.-B.) ; *Hunt v. Halcan Log Services Ltd.*, [1987] 4 C.N.L.R. 63 (C.S.C.-B.).
47. Étant ancrés dans un lieu très précis, ces droits sont qualifiés en anglais de *site-specific*. Voir *R. c. Adams*, précité, note 24, par. 30 ; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 9, par. 138.

La protection constitutionnelle d'un titre exclusif sur des lieux sacrés autochtones peut découler tant des traités que des droits ancestraux. Plusieurs traités et ententes sur des revendications territoriales réservent à la partie autochtone un titre foncier général concernant certaines terres et ils sauvegardent ainsi la maîtrise autochtone des sites sacrés situés sur les terres en question⁴⁸. Par ailleurs, dans la très importante affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, le plus haut tribunal canadien semble avoir validé l'hypothèse d'un titre ancestral sur les sites à vocation spirituelle⁴⁹.

En présence d'une revendication de droits ancestraux, la reconnaissance d'un titre religieux ne sera possible que si les autochtones démontrent que leurs ancêtres, au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne, occupaient déjà les terres visées et qu'ils en avaient le contrôle exclusif⁵⁰. Le groupe revendicateur devra de plus avoir conservé un lien substantiel avec la terre ancestrale jusqu'à aujourd'hui⁵¹. Les droits autochtones pourraient cependant subsister malgré une rupture prolongée du lien physique avec la terre si cette rupture résultait d'un déplacement forcé ou d'une expropriation irrégulière⁵².

Les droits autochtones, ancestraux ou issus de traités, sur un site sacré pourront par ailleurs se limiter au droit d'accéder à ce lieu particulier pour y tenir des activités rituelles ou cérémoniales sans que la collectivité autochtone jouisse de la prérogative d'exclure les tiers dont la présence ne compromet pas le caractère religieux du lieu⁵³.

Des droits ancestraux de la catégorie des « droits-activités » existeront notamment lorsqu'un espace revêt un caractère religieux pour plusieurs communautés autochtones, alors même qu'aucune ne peut prétendre à un contrôle historique exclusif dudit espace⁵⁴. Les droits ancestraux pourront

48. Par exemple, l'article 7.1.3 de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, Québec, Éditeur officiel, 1976, transfère aux communautés inuites le titre de propriété des terres de catégorie I, ce qui permet aux Inuits d'utiliser les terres de la catégorie I à des « fins communautaires Inuit », y compris à des fins commerciales, industrielles, résidentielles « ou autres ». Ces termes sont suffisamment généraux pour assurer la maîtrise exclusive de sites sacrés se trouvant sur les terres visées dans cette disposition de la Convention.

49. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 9, par. 128.

50. *Id.*, par. 143.

51. *Id.*, par. 152-154.

52. *Id.*, par. 153.

53. C'est le type de réclamation dont il est fait état notamment dans l'affaire *Eel Ground Indian Band v. New Brunswick*, précitée, note 16.

54. Cet exemple s'inspire des faits mis en preuve dans l'affaire *Kelly Lake Cree Nation v. Canada (Minister of Energy and Mines)*, précitée, note 16. La Cour suprême admet la possibilité d'une coexistence de droits ancestraux en faveur de plusieurs communautés sur un même lieu : voir *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 9, par. 159.

dès lors être exercés par les différentes communautés autochtones présentes sur le territoire à la condition que l'usage religieux du lieu corresponde à une pratique ou à une coutume d'origine précoloniale revêtant encore de nos jours une importance fondamentale dans la culture de ces communautés⁵⁵.

1.3.2 Les droits d'usage religieux des terres et des ressources naturelles du domaine public

Les revendications de droits religieux autochtones s'appuyant sur les droits ancestraux ou les droits issus de traités pourront avoir pour objet principal non pas un emplacement précis, mais plutôt l'accès général aux terres en vue de s'y adonner à des rites religieux ou d'y prélever une ressource naturelle destinée à un usage religieux conformément à la tradition autochtone.

En pratique, ce type de demande survient généralement à l'occasion d'actions en justice instituées par les autochtones en vue d'empêcher ou de faire modifier des activités d'exploitation industrielle des ressources naturelles (projets miniers, gaziers, forestiers, hydroélectriques, etc.)⁵⁶. Elle intervient aussi à la faveur de procès du type pénal où les accusés autochtones, se prévalant des droits de la défense, invoqueront leurs droits religieux pour faire rejeter les accusations d'avoir prélevé illégalement des ressources protégées par la loi⁵⁷.

Dans certains cas, c'est la ressource elle-même qui est considérée comme intangible⁵⁸, alors qu'en d'autres circonstances les autochtones voudront se faire confirmer des droits de prélèvement et d'utilisation des ressources fauniques ou végétales à l'occasion de cérémonies religieuses

55. *R. c. Van Der Peet*, précité, note 18 ; *R. c. Adams*, précité, note 24 ; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139 ; *R. c. Gladstone*, précité, note 19 ; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 9.

56. Par exemple, dans l'affaire *Siska Indian Band v. British Columbia (Minister of Forests)*, [1998] B.C.J. (Quicklaw) n° 1661 (C.S.C.-B.), par. 21, les requérants autochtones voulaient empêcher la construction d'une route forestière notamment au motif que « logging will affect the ability of the Applicants to access cedar roots and bark and to conduct sacred ceremonies in the Siska Valley and Siska Creek [...] it is very possible that the Applicants will have lost their aboriginal rights to cedar and to certain sacred spiritual practices forever ».

57. Voir *R. c. Sioui*, précité, note 3 ; *R. v. Hopkins*, [1993] 1 C.N.L.R. 123 (C.S.C.-B.) ; *R. v. Machimity*, [1996] O.J. (Quicklaw) n° 4365 (C.prov. Ont.). Pour une importante affaire antérieure à la réforme constitutionnelle de 1982, voir *Jack et Charlie c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 332.

58. Voir notamment les représentations autochtones dans : *Hill c. British Columbia*, (C.S.C.-B.), 12 juin 1998 et, en appel, le 6 juillet 1998 (C.A.C.-B.).

sans que l'exploitation de ces ressources à d'autres fins soit par ailleurs nécessairement empêchée⁵⁹.

La Cour suprême reconnaît que les autochtones peuvent jouir de droits ancestraux ayant pour objet l'usage religieux des ressources naturelles sur les terres que fréquentaient leurs ancêtres avant le contact avec les Européens⁶⁰. Elle exige en revanche que l'usage religieux de la ressource corresponde à une pratique qui faisait partie intégrante de la culture précoloniale des ancêtres et qui occupe encore une place centrale dans la culture particulière de la société autochtone contemporaine⁶¹.

Appartenant à la catégorie des « droits-activités », ce type de droit se distingue notablement d'une maîtrise foncière exclusive en ce qu'il n'est pas nécessairement incompatible avec la superposition de divers droits sur un même espace foncier lorsque la simultanéité de droits n'entrave pas significativement la poursuite de l'activité religieuse autochtone.

La plus haute juridiction du pays n'a pas hésité non plus à donner effet aux termes d'un traité ancien garantissant à une communauté autochtone le libre exercice des coutumes religieuses sur les terres du domaine public⁶². Il importe cependant de rappeler que, s'agissant des droits issus de traités, la portée exacte des droits religieux sera tributaire de l'interprétation que feront les juges des termes et des circonstances ayant entouré la conclusion de l'accord en cause.

La jurisprudence est par ailleurs en voie de confirmer le point de vue selon lequel les droits religieux liés à une ressource s'accompagneront parfois de corollaires fonciers, c'est-à-dire qu'ils conféreront de manière incidente aux autochtones des droits afférents au fond de terre lui-même. Ainsi, le droit de prélever la ressource emporte bien sûr le droit de passage sur les terres du domaine public pour accéder effectivement à la ressource⁶³. Le même droit d'exploitation pourrait, selon les circonstances, autoriser les autochtones à occuper accessoirement certains emplacements et à y prélever des ressources secondaires⁶⁴.

59. Voir *R. c. Sioui*, précité, note 3.

60. *R. c. Sparrow*, précité, note 37. Les droits relatifs aux ressources ne s'exercent que sur les terres fréquentées par les ancêtres de la communauté revendicatrice antérieurement au contact avec les Européens : *R. c. Adams*, précité, note 24, par. 30.

61. Voir les affaires mentionnées, *supra*, note 55.

62. *R. c. Sioui*, précité, note 3.

63. *R. c. Côté*, précité, note 55, par. 77.

64. Dans l'affaire *R. c. Sundown*, précitée, note 27, par. 27, la Cour suprême rappelle que « le droit de chasser doit comprendre les activités qui sont raisonnablement accessoires à l'acte de chasser lui-même ». Ces droits accessoires pourront varier selon les circons-

1.4 La référence religieuse au-delà de la revendication religieuse

Loin de se borner à réclamer des droits strictement religieux sur la terre, les autochtones recherchent le plus souvent la reconnaissance d'un titre foncier correspondant à une maîtrise générale de la terre et des ressources naturelles renouvelables ou non renouvelables qu'elle contient. Il ne s'agit pas nécessairement pour les autochtones de vider leur rapport à la terre de toute dimension spirituelle mais plutôt de redéfinir librement leur culture foncière à la lumière des conditions actuelles de leur cheminement culturel et économique.

1.4.1 L'incidence possible de la référence religieuse sur la revendication d'un titre aborigène

Dans sa jurisprudence, la plus haute juridiction canadienne exige que la revendication d'un titre foncier général sur les terres soit étayée par une preuve d'occupation historique suffisante de ces terres. En d'autres termes, la communauté autochtone doit démontrer qu'elle entretient, depuis l'affirmation de la souveraineté européenne sur le territoire, un rapport avec la terre dont l'intensité justifie aujourd'hui la reconnaissance d'un droit exclusif d'occupation et d'utilisation de l'espace foncier⁶⁵. Or la référence religieuse pourra jouer un rôle dans la démonstration du lien ancestral fondateur d'un titre foncier général.

En effet, la preuve historique requise pour établir l'occupation ancestrale comportera parfois des éléments religieux, alors que la nature du droit revendiqué n'est pas exclusivement religieuse. Dans cette hypothèse, les pratiques ou les coutumes religieuses et d'autres éléments de preuve pourront être cumulés de manière à faire ressortir un faisceau d'activités ancestrales, religieuses ou non, dont la somme tendra à indiquer un degré d'occupation historique suffisant pour fonder un titre foncier général.

Dans l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, par exemple, la Cour suprême a jugé pertinents, aux fins de la démonstration de la possession historique du territoire, différentes cérémonies, des danses, des chants et des célébrations rituelles destinés à représenter le rattachement spirituel ancestral de la communauté à la terre revendiquée. Comme la Cour

tances propres à chaque groupe autochtone. Ainsi, dans l'affaire *Sundown*, un droit de chasse a été interprété comme incluant nécessairement le droit de construire un camp permanent de chasse (*id.*, 28-33). Bien que la Cour ait traité dans cette affaire de droits issus d'un traité, il paraît raisonnable de penser qu'une logique semblable jouera en matière de droits ancestraux.

65. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 9.

elle-même l'indique, la dimension spirituelle avait pour objet, dans cette affaire, d'établir de manière générale un lien suffisamment étroit et ancien avec la terre pour justifier un titre foncier ancestral⁶⁶. Sa finalité n'était pas, non plus que son effet, de rendre inexploitable à des fins autres que religieuses la totalité de l'espace foncier visé dans la réclamation.

Il en aurait bien entendu été autrement si l'objet recherché par l'évocation de la spiritualité autochtone liée au territoire avait été de faire reconnaître une véritable maîtrise religieuse d'un site précis en raison de son caractère inviolable dans la tradition autochtone.

1.4.2 La sacralisation ancestrale de la terre et l'interprétation des traités

Considérés par les autorités étatiques comme des instruments de sécurisation foncière, la plupart des traités conclus avec les peuples autochtones après l'avènement de la Couronne britannique au Canada comportent des dispositions portant abandon par la partie autochtone de tout droit ou intérêt foncier sur le territoire visé autre que les droits préservés ou conférés aux termes du traité lui-même⁶⁷. C'est d'ailleurs en s'autorisant de cet abandon consensuel des prétentions historiques des autochtones sur les terres que l'État a déployé sa politique d'implantation des migrants européens sur une grande partie du territoire.

Or certains autochtones contestent à présent la validité de clauses dites « d'extinction » des droits ancestraux et avancent donc des revendications foncières sur d'importants territoires qui seraient encore, selon eux, grevés de toute la gamme des droits ancestraux. Cette remise en cause des traités se fonde, entre autres arguments, sur le refus postulé des ancêtres de rompre avec les divers éléments sacrés de la terre nourricière :

Natives would not mindlessly and irreligiously have given up trees and woods, for they provide material for the sacred pipes, nor would they have forfeited lands, for they grow tobacco to be used in ceremonies. They would not have ceded Indian rights to animals [...] for they are necessary for livelihood and ceremony. Financial gain and agricultural implements provided by the treaty did not supersede the ritual demands of the drum [...] rattle, birchbark, scrolls, songs and the lodge, validated by their stories⁶⁸.

66. *Id.*, par. 94.

67. Voir R.A. REITER, *op. cit.*, note 37.

68. M. POMEDLI, « Ojibway Healing and Ordering in Treaty Number Three », dans J. OAKES *et al.* (dir.), *op. cit.*, note 1, p. 77, à la page 83. Voir aussi H. CARDINAL, *The Rebirth of Canada's Indians*, Edmonton, Hurtig Publishers, 1977, pp. 148-149 ; TREATY 7 ELDERS AND TRIBAL COUNCIL, avec la collaboration de W. HILDEBRANDT, D. FIRST RIDER et S. CARTER, *The True Spirit and Original Intent of Treaty 7*, Montréal-Kingston, McGill-Queen's University Press, 1996, p. 114.

La sacralisation ancestrale de la terre et la notion traditionnelle d'appartenance de l'être humain à son environnement naturel compteront sans nul doute parmi les éléments considérés par les tribunaux en vue de faire la lumière sur le sens et la portée que donnaient au traité les signataires autochtones.

En revanche, il n'en résultera pas nécessairement une invalidation des dispositions relatives à l'abandon des droits ancestraux. Il incombera en effet au juge d'apprécier dans quelle mesure les autochtones en étaient venus à comprendre, au moment de la conclusion du traité, le sens que les Européens accordaient aux articles du traité en vue de la colonisation et de l'exploitation du territoire par l'État et les migrants non autochtones⁶⁹. C'est ainsi que la Cour suprême a donné son plein effet à l'extinction des droits ancestraux par traité dans une affaire où elle estimait que les autochtones avaient bien compris la portée de leurs engagements⁷⁰.

Dès lors, le fait que dans la culture foncière autochtone la terre soit communautaire, sacrée et inaliénable ne constituera pas en soi un obstacle insurmontable à la validité de l'abandon des droits fonciers ancestraux. Les juges pourront avaliser un tel abandon s'il est par ailleurs établi qu'au moment de conclure le traité les chefs autochtones comprenaient *qu'en pratique*, c'est-à-dire au-delà des considérations de technique juridique, le traité, qui, d'une part, leur garantissait des droits fonciers précis, les empêchait, d'autre part, d'invoquer leurs droits de premiers occupants pour contester les droits de la Couronne ou des tiers sur les terres visées⁷¹.

Il faut du reste rappeler que le juge devra, afin de concilier les objectifs et les intérêts de deux parties⁷², tenir également compte de l'objectif de sécurisation foncière et de colonisation poursuivi par la Couronne⁷³. Le magistrat devra de plus examiner la conduite subséquente des autochtones qui pourront avoir acquiescé *a posteriori* au contenu du traité⁷⁴. De manière

69. *R. c. Badger*, précité, note 29, par. 53 ; *R. c. Howard*, [1994] 2 R.C.S. 299, 306-307.

70. *R. c. Howard*, précité, note 69.

71. Une illustration de cette démarche pragmatique figure dans l'affaire *R. c. Sioui*, précitée, note 3. Le juge en chef s'y attarde, à la page 1072, sur la compréhension pratique que devaient avoir les Hurons des droits de la Couronne et des tiers sur le territoire visé dans le traité de Murray. Il écrit : « J'accepte sans hésitation que les Hurons n'étaient probablement pas au courant des conséquences juridiques, et en particulier de la faculté d'occuper à l'exclusion des autres, que les principaux systèmes juridiques européens attachaient au concept de propriété privée. Je ne peux tout de même pas croire que les Hurons aient jamais cru que le traité leur accordait le droit de couper des arbres dans le jardin d'une maison en vertu de leur droit d'exercer leurs coutumes ».

72. *R. c. Sioui*, précité, note 3, 1069 ; *R. c. Marshall*, précité, note 31, par. 14, 40 et 41.

73. *R. c. Sioui*, précité, note 3, 1069-1072.

74. *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, 575.

générale, les tribunaux préféreront sans doute interpréter largement les droits accordés aux autochtones par les traités, particulièrement en matière religieuse⁷⁵, plutôt que de nier toute effectivité aux dispositions relatives à l'abandon des droits ancestraux.

2. L'« autochtonité » : un obstacle à la liberté de religion

Si le principe de l'« autochtonité » est source de droits religieux *sui generis* ressortissant au statut constitutionnel exclusif des peuples autochtones, il ne faudrait pas présumer qu'il est porteur de *liberté de religion*, laquelle suppose l'absence de quelque contrainte en matière religieuse⁷⁶. En assignant aux droits ancestraux une finalité et un contenu identitaires, la Cour suprême a été amenée à opérer la saisie constitutionnelle d'une certaine conception de l'« autochtonité », une représentation qui tend à objectiver ce qui fait partie intégrante de la culture distinctive des peuples autochtones. Or l'objectivation de l'identité s'accompagne inéluctablement d'un risque d'enfermement culturel, donc de contrainte religieuse.

En outre, la nature communautaire des droits rattachés à l'« autochtonité » nous amène à évoquer le spectre d'un enfermement religieux de l'individu par le groupe.

2.1 La contrainte religieuse découlant du dogme traditionaliste appliqué aux droits ancestraux

2.1.1 Le carcan précolonial des « droits-activités » religieux

Comme nous l'avons mentionné précédemment, lorsque la collectivité autochtone ne possède pas de titre aborigène sur l'espace foncier lui-même, un droit ancestral d'usage religieux des terres et des ressources correspondra nécessairement à une pratique, à une coutume ou à une tradition qui faisait partie intégrante de la culture autochtone avant le contact avec les Européens. L'effet cumulatif du référent précolonial et de la protection ciblée d'activités particulières⁷⁷ sera de nature à enserrer les droits religieux

75. *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, précité, note 39, par. 181 et 187.

76. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 336-337.

77. Notre analyse se fonde sur l'état actuel de la jurisprudence qui, il faut bien le dire, reste encore dans sa phase formative. Il n'est donc pas possible d'écarter l'hypothèse d'un assouplissement futur des conditions d'existence de droits ancestraux autres que le titre aborigène.

dans un étaiu culturel peu propice à la recomposition de l'univers spirituel des groupes et des individus autochtones⁷⁸.

Ainsi, les « droits-activités » auront, par définition, pour objet non pas les religions importées par les migrants européens, mais bien la tradition animiste des sociétés précolombiennes. Se trouve de la sorte empêchée la reconnaissance d'un droit ancestral d'utiliser pour une cérémonie religieuse qui serait exclusivement le résultat de l'influence européenne une ressource nécessairement affectée à d'autres fins avant le contact⁷⁹.

Par ailleurs, une communauté autochtone pourrait aujourd'hui être empêchée d'utiliser des terres pour une activité religieuse d'origine autochtone, alors même qu'elle aurait historiquement fréquenté ces terres, si elle est incapable de démontrer que le groupe ancestral se livrait à cette activité religieuse dans les temps précoloniaux. L'affectation religieuse initiale de l'espace foncier ou des ressources grevées de droits ancestraux ne peut donc en principe intervenir après le contact avec la civilisation européenne. En revanche, lorsque l'affectation précoloniale de l'espace ou de la ressource a été exclusivement religieuse, elle ne peut par la suite devenir entièrement profane et, en même temps, demeurer protégée par un droit ancestral.

Une application le moins pointilleuse du référent précolonial risquerait clairement d'aboutir à la réduction religieuse des autochtones plutôt qu'à leur liberté qui suppose une capacité de reconstruction du référent religieux et de réinterprétation du rapport à la terre et aux ressources.

De plus, la preuve que la communauté précoloniale s'adonnait effectivement à des activités religieuses dans un espace précis ou à l'aide d'une ressource donnée n'emportera pas nécessairement la reconnaissance d'un droit ancestral religieux. Le groupe revendicateur devra encore établir que

78. Les auteurs ont critiqué le passéisme de la Cour. Voir, entre autres, J. BORROWS, « The Trickster : Integral to a Distinctive Culture », (1997) 8 *Forum constitutionnel* 27 ; R.L. BARSH et J. YOUNGBLOOD-HENDERSON, « The Supreme Court's Van Der Peet Trilogy : Naive Imperialism and Ropes of Sand », (1997) 42 *R.D. McGill* 993 ; K. McNEIL, « Reduction by Definition : The Supreme Court's Treatment of Aboriginal Rights in 1996 », (1996) 5 *Canada Watch* 60 ; G. OTIS, « Opposing Aboriginality to Modernity : The Doctrine of Aboriginal Rights in Canada », (1997) 12 *B.J.C.S.* 182 ; L.I. ROTMAN, « Hunting for Answers in a Strange Kettle of Fish : Unilateralism, Paternalism and Fiduciary Rhetoric in Badger and Van Der Peet », (1997) 8 *Forum constitutionnel* 40.

79. « L'arrivée et l'influence des Européens ne peuvent être invoquées pour rejeter la revendication, par ailleurs valide, d'un droit ancestral présentée par un groupe autochtone. En revanche, si la coutume, pratique ou tradition n'est que le fruit des influences européennes, alors elle ne respecte pas la norme applicable pour la reconnaissance d'un droit ancestral » : voir *R. c. Van Der Peet*, précité, note 18, par. 73.

la pratique, la coutume ou la tradition religieuse invoquée a toujours revêtu, de l'époque précoloniale jusqu'à l'heure actuelle, une importance telle qu'un tribunal pourra la considérer comme faisant partie intégrante de la culture distinctive de ce groupe.

La plus haute juridiction canadienne ne s'érige-t-elle pas en grand tribunal religieux lorsqu'elle s'arrogue l'autorité de décréter quelles coutumes ou pratiques religieuses d'origine précoloniale peuvent être reconnues comme des « caractéristiques déterminantes de la culture distinctive⁸⁰ » d'une collectivité autochtone ?

L'exigence selon laquelle les pratiques précoloniales et leur importance culturelle devront avoir persisté jusqu'à nos jours au sein des communautés autochtones pose également le problème de la réception constitutionnelle du « revitalisme » religieux autochtone. Il est vrai que la Cour suprême n'exige nullement une continuité parfaite, de sorte qu'une simple interruption des pratiques religieuses traditionnelles n'emportera pas l'extinction d'un droit ancestral⁸¹. Il convient néanmoins de s'interroger sur l'incidence des très profondes mutations vécues par plusieurs communautés amérindiennes et inuites depuis le contact avec la civilisation européenne. L'abandon de longue date des pratiques religieuses traditionnelles, induit par l'acculturation et la conversion aux religions occidentales, sera-t-il tenu pour irréversible ?

2.1.2 Les attributs du titre aborigène ou la sacralisation forcée de la terre

Il convient de se rappeler que le titre aborigène constitue une sous-catégorie de droit ancestral qui emporte une maîtrise exclusive de l'espace foncier dès lors que le groupe autochtone revendicateur parvient à démontrer : 1) une occupation suffisante et exclusive de la terre, au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne, par un groupe ancestral auquel il est juridiquement lié et 2) la continuité d'un rattachement substantiel du groupe à la terre visée jusqu'à ce jour.

Cette maîtrise se trouve cependant assortie de limites dites « intrinsèques » du fait qu'elles participent, de l'avis de la Cour suprême, de la nature même du lien absolument singulier qui unit le groupe autochtone à ses terres traditionnelles. Postulant que pour les autochtones « la terre est

80. *R. c. Gladstone*, précité, note 19, par. 25. La Cour suprême a refusé d'emblée de reconnaître des droits ancestraux relativement à des activités qu'elle estimait être d'une importance secondaire pour la culture autochtone précoloniale : voir *R. c. Van Der Peet*, précité, note 18 ; *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821.

81. *R. c. Van Der Peet*, précité, note 18, par. 65

quelque chose de plus qu'un bien fongible», la Cour harmonise le statut juridique de la terre avec son statut culturel :

Le rapport qu'entretient une collectivité autochtone avec les terres sur lesquelles elle possède un titre aborigène comporte un aspect important de nature non économique. Les terres en elles-mêmes ont une valeur intrinsèque et unique dont jouit la collectivité qui possède le titre aborigène sur celles-ci. La collectivité ne peut pas faire de ces terres des utilisations qui détruiraient cette valeur⁸².

Le plus haut tribunal du pays reprend ici à son compte les représentations traditionalistes faisant de la terre un espace sacré insusceptible de marchandisation complète. Elle s'autorise de ce culturalisme foncier pour imposer à la collectivité contemporaine titulaire d'un titre aborigène l'*obligation* de respecter l'intangibilité culturelle du terreau des ancêtres.

Cette véritable sacralisation du foncier autochtone se concrétise par certains attributs fondamentaux que la Cour suprême impute au titre aborigène et qui font son originalité au regard du régime de droit commun.

2.1.2.1 Le statut communautaire de la terre autochtone

La Cour suprême affirme le statut communautaire de la terre autochtone en établissant que l'individu ne peut être titulaire en propre d'un titre aborigène. Seul le groupe a la maîtrise juridique ultime de la terre, même si le titre du groupe peut coexister avec des droits individuels de possession et de jouissance de la terre⁸³.

La jurisprudence de la Cour n'offre encore aucune explication détaillée des fondements du communautarisme foncier inhérent au titre ancestral⁸⁴. Il est néanmoins facile de subodorer ici l'influence de la représentation « sacralisante » de la terre puisque le fond grevé d'un titre aborigène est, dans l'esprit des juges, non seulement la terre des ancêtres et des contemporains mais aussi celle des générations futures :

[...] la continuité du rapport qu'entretient une collectivité autochtone avec ses terres réside dans le fait que ce rapport s'applique non seulement au passé mais aussi à l'avenir. Rien ne devrait empêcher ce rapport de continuer dans le futur. Il s'ensuit que les utilisations des terres qui menaceraient ce rapport futur sont, de par leur nature même, exclues du contenu du titre aborigène⁸⁵.

82. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 9, par. 129.

83. *Id.*, par. 115.

84. Il appert que la Cour suprême étendra ce communautarisme aux droits issus de traités : voir *R. c. Sundown*, précité, note 27, par. 36.

85. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 9, par. 127. Le juge en chef rappelle, au paragraphe 154, « les limites intrinsèques aux utilisations qui peuvent être faites du territoire visé par un titre aborigène, c.-à-d. des utilisations incompatibles avec son usage continu par les générations autochtones futures ».

Voilà une conception lignagère de la terre selon laquelle « le régime foncier se réfère à l'occupation du sol par les générations passées, présentes et à venir⁸⁶ ». La terre lignagère jouant alors un rôle de médiation matérielle et culturelle entre les générations d'une communauté, il paraît nécessaire qu'un individu ne puisse disposer à l'égard de cette terre d'un pouvoir absolu et exclusif⁸⁷. Un spécialiste du droit foncier des sociétés dites traditionnelles a ainsi pu observer que « la sacralisation de la terre comme terre des ancêtres et l'appartenance communautaire du sol apparaissent universellement comme des phénomènes interdépendants⁸⁸ ».

Le groupe autochtone ne pourra subdiviser le patrimoine communautaire en véritables propriétés individuelles exclusives sans au préalable purger l'espace foncier de la charge des ancêtres et des générations futures par la procédure d'« abandon » du titre aborigène dont il sera question plus loin.

Cette contrainte découle de la volonté de la Cour suprême de projeter dans la sphère constitutionnelle des obligations issues du culte des ancêtres et du lignage communautaire. Cependant, la réception dans la Constitution de postulats relatifs à la spiritualité foncière autochtone transparaît peut-être encore plus clairement des autres attributs du titre aborigène.

2.1.2.2 L'inaliénabilité de la terre des ancêtres

Un des principaux marqueurs de la singularité du titre ancestral réside, selon la Cour suprême, dans son caractère inaliénable⁸⁹. Cette prohibition d'aliéner correspond en fait à un interdit d'« exotransmission » de la terre, c'est-à-dire l'impossibilité de la vendre à des personnes n'appartenant pas à la communauté ou encore de leur céder des droits d'occupation ou d'usage sous forme de baux ou de servitudes⁹⁰.

86. G. MADJARIAN, *L'invention de la propriété. De la terre sacrée à la société marchande*, Paris, L'Harmattan, 1991, p. 59.

87. C'est ce que tend à confirmer l'analyse du professeur Youngblood-Henderson qui écrit que, dans les régimes fonciers autochtones précoloniaux, « [t]he sacred order itself is never individualized. The tenure is held for future generations. A family or an « individual » might enjoy wide administrative authority over a resource or space (a *legacy*), but they have no right to withhold the use of resources or the products of their use to another insider. The system of kinship relations unites everyone in a web of complementary rights and responsibilities » : J. YOUNGBLOOD-HENDERSON, *loc. cit.*, note 7, 235.

88. G. MADJARIAN, *op. cit.*, note 86, p. 66.

89. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 9, par. 113.

90. La mesure des contraintes inhérentes au titre aborigène peut s'évaluer à la lecture de l'article 7.1.5 de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, *op. cit.*, note 48, qui régit les terres de catégorie I et habilite la communauté inuite à « passer des conven-

La plus haute juridiction canadienne répudie sans ambages l'idée que la terre autochtone puisse n'être qu'un bien fongible et appuie l'interdit d'aliénation sur le postulat d'une valeur culturelle intrinsèque de la terre pour les autochtones⁹¹. Le pouvoir judiciaire traduit de la sorte en termes constitutionnels une conception des droits fonciers imprégnée de religiosité :

Le pouvoir de disposer de la terre, et particulièrement les opérations sociales qui peuvent être effectuées à son propos, apparaissent toujours délimités en premier lieu par le rapport de l'homme aux ancêtres. La dépendance du vivant envers les morts, de la créature envers les Dieux qui l'ont créée s'oppose à la prise de pouvoir de l'homme sur le sol. Cette dépendance s'inscrit dans une relation d'appartenance où les Dieux et les ancêtres sont considérés comme les maîtres originels de la terre⁹².

Il pourra sembler paradoxal alors de constater que le droit étatique autorise volontiers, malgré la supposée intangibilité culturelle de la terre autochtone, la dissolution de la tenure ancestrale au profit de la Couronne. La surprise s'estompera rapidement par contre si nous rappelons que la renonciation des autochtones à leurs droits de premiers occupants a été une des pierres angulaires de la colonisation britannique de l'Amérique du Nord⁹³. Véritable impératif colonial, l'abandon des droits correspond à un délaissement juridique plutôt qu'à la cession ou à la transmission à autrui de droits autochtones comme tels. Pareille cession est en effet impossible en raison de l'irréductible unicité de la tenure ancestrale du groupe⁹⁴.

Il reste que, en raison de la valeur culturelle intrinsèque que la Cour suprême attribue à la terre ancestrale, la communauté titulaire d'un titre aborigène ne peut grever cette terre de droits en faveur de tiers sans d'abord procéder à sa « désautochtonisation » en accord avec la Couronne. Seule la transmutation volontariste du legs ancestral en un titre de droit commun permettra aux autochtones de jouir du droit de libre disposition⁹⁵.

tions avec quelque personne que ce soit, même si elle n'est pas inuit, au sujet des servitudes, baux et autres droits d'utilisation et d'occupation desdites terres ». Le même article réserve cependant au Québec la faculté d'acquérir de gré à gré la propriété des terres inuites.

91. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 9, par. 129.

92. G. MADJARIAN, *op. cit.*, note 86, p. 42.

93. L'exigence selon laquelle l'abandon des droits ancestraux ne peut se faire que dans le cadre d'un accord avec la Couronne a pour objet, non pas d'empêcher les autochtones de se départir de leurs droits, mais de sauvegarder les prérogatives foncières de la Couronne tant en mettant les autochtones à l'abri de spéculateurs fonciers peu scrupuleux : voir *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 9, par. 129.

94. Est donc à déplorer la confusion terminologique entretenue par la Cour suprême qui affirme que les autochtones peuvent « vendre » ou « céder » leurs droits à la Couronne : voir *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 9, par. 113.

95. *Id.*, par. 131.

La sacralisation judiciaire de la terre fait en sorte que cette dernière ne peut à la fois être « ancestrale », donc protégée constitutionnellement, et porteuse de droits pour les « étrangers ». La dichotomie tradition/modernité fait que les autochtones ne peuvent en même temps se réclamer des droits issus des régimes précoloniaux et introduire la terre dans un réseau d'échanges en marge du lignage communautaire.

2.1.2.3 L'intangibilité des affectations fondatrices du titre aborigène

La Cour suprême est en outre d'avis que l'impératif d'intégrité culturelle inhérent au principe de l'« autochtonité » foncière engendre également l'obligation pour la communauté de s'abstenir de faire aujourd'hui un usage de la terre qui serait incompatible avec le rapport ancestral que la communauté entretient avec ladite terre. Si cette contrainte ne proscriit pas les usages non traditionnels⁹⁶, elle interdit en revanche d'affecter la terre et les ressources à des fins qui seraient de nature à faire durablement obstacle aux affectations traditionnelles par lesquelles la collectivité a originellement noué avec l'espace foncier une relation si intime qu'elle fait partie intégrante de la culture distinctive du groupe⁹⁷.

Tout se passe comme si les droits des contemporains étaient hypothéqués par ceux des ancêtres ou contraints par un « pacte originel » fondateur du lien du groupe à la terre.

La contrainte exercée sur les autochtones est particulièrement forte lorsque le titre aborigène vise des terres que leurs ancêtres utilisaient à des fins religieuses particulières tels les lieux d'inhumation et autres sites sacrés. Dans l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, le juge en chef de la Cour suprême illustre d'ailleurs le jeu de cette limite intrinsèque en évoquant l'interdiction constitutionnelle de convertir à présent un lieu traditionnel à vocation rituelle en un terrain de stationnement⁹⁸.

L'effet restrictif du zonage culturel appliqué aux terres grevées d'un titre aborigène pourra toutefois se faire ressentir plus généralement puisque les autochtones ne peuvent prétendre tenir la terre directement de leurs ancêtres tout en faisant, par hypothèse, irrémédiablement obstacle aux pratiques traditionnelles à la faveur d'une exploitation industrielle ou commerciale intensive inspirée d'une conception marchande

96. *Id.*, par. 132.

97. *Id.*, par. 128.

98. *Ibid.*

et profane de la terre. Il devront rompre symboliquement et juridiquement avec leurs ancêtres en renonçant au caractère ancestral de leur titre⁹⁹.

Nous assistons en quelque sorte à une constitutionnalisation de la *Terra Mater* qui contrarie toute volonté des autochtones contemporains de redéfinir leur rapport au passé sans répudier la reconnaissance constitutionnelle de leur préexistence que constitue leur titre aborigène. Il s'agit bien d'une restriction de la liberté religieuse au nom d'une certaine conception de l'« autochtonité ».

L'enfermement du *groupe* dans une logique religieuse traditionaliste se double par ailleurs d'un risque d'enclavement religieux de l'*individu* en raison du statut communautaire des droits ancestraux.

2.2 Le spectre d'un enclavement religieux de l'individu par la communauté

L'attribution des droits autochtones au groupe plutôt qu'aux individus pourra fragiliser la liberté religieuse individuelle au sein du groupe¹⁰⁰. Il reviendra en effet à la communauté, à titre de titulaire du droit, d'en déterminer les conditions d'exercice et de jouissance. La Cour suprême n'a pas manqué de relever cette caractéristique inhérente aux droits de groupe :

Une dimension supplémentaire du titre aborigène est le fait qu'il est détenu collectivement. Le titre aborigène ne peut pas être détenu par un autochtone en particulier ; il est un droit foncier collectif, détenu par tous les membres d'une nation autochtone. Les décisions relatives aux terres visées sont également prises par cette collectivité¹⁰¹.

Les décisions prises par la collectivité s'imposeront donc en principe à l'individu désireux d'avoir accès à la terre et aux ressources communautaires. Le groupe pourra-t-il alors s'autoriser de ce pouvoir normatif pour contraindre un individu à se soumettre à des rites traditionnels liés au culte des ancêtres ou de la terre sacrée ? La collectivité sera-t-elle habilitée à assujettir l'octroi de droits individuels d'occupation résidentielle ou d'exploitation des terres communautaires au respect par ses membres de certains préceptes religieux ? Il est indéniable que le communautarisme

99. Selon le juge en chef Lamer, « [s]i les autochtones désirent utiliser leurs terres d'une manière que ne permet pas le titre aborigène, ils doivent alors les céder et les convertir en terres non visées par un titre aborigène » : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 9, par 131.

100. Le contenu de cette section reprend largement l'analyse faite dans G. OTIS, *loc. cit.*, note 22, 616-619.

101. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 9, par. 115.

foncier qui caractérise les droits autochtones est à première vue porteur de dangers pour la liberté individuelle de religion¹⁰².

Toutefois, même en l'absence de texte constitutionnel¹⁰³ ou constitutionnellement valide¹⁰⁴ obligeant de façon formelle la communauté autochtone à exercer son pouvoir normatif dans le respect des libertés fondamentales, les juges ne manqueront pas de moyens pour opposer l'impératif de sauvegarde de ces libertés à toute tentative d'incarcération religieuse des individus. Ils pourront en effet appliquer une restriction intrinsèque aux prérogatives communautaires en se conformant à l'injonction de la Cour suprême qui exige la conciliation de la reconnaissance des droits ancestraux « avec l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada¹⁰⁵ ». Or l'intégrité du système juridique canadien repose sur un ensemble de valeurs fondamentales qui définissent l'appartenance à la communauté politique et juridique. Parmi ces valeurs figure le respect des droits fondamentaux de la personne¹⁰⁶.

-
102. Pour une argumentation qui illustre bien les objections les plus fréquemment avancées, au nom de la liberté individuelle, à l'encontre des droits de groupe, consulter G. KOUBI, « Penser les minorités en droit », dans A. FENET *et al.*, *Le droit et les minorités : analyses et textes*, coll. « Organisation internationale et relations internationales », Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 251, aux pages 276-279.
103. La *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 20, instrument constitutionnel de protection des droits fondamentaux, ne lie en principe que les entités « gouvernementales » visées dans son article 32. La question se pose donc de savoir si une collectivité autochtone exerçant un droit foncier ancestral pourra être assimilée à une entité gouvernementale aux fins de l'application de la Charte : voir G. OTIS, *loc. cit.*, note 22, 615-616.
104. Il n'existe actuellement aucun instrument infraconstitutionnel fédéral de protection des droits fondamentaux régissant l'exercice des droits ancestraux des peuples autochtones. Quant au texte québécois, la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, les règles jurisprudentielles relatives au partage fédératif des compétences l'empêcheront de régir directement les droits ancestraux. Seule la réception de la Charte québécoise dans le corpus législatif fédéral opérée par une loi du Parlement canadien pourra donc la rendre opposable, sous réserve de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 17, à une communauté autochtone se prévalant de ses droits ancestraux. Or, l'existence d'un tel mécanisme fédéral de réception n'est pas encore clairement établie : voir notamment *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285.
105. *R. c. Van Der Peet*, précité, note 18, par. 49. Cet objectif de conciliation sera à l'œuvre tant au stade de la définition du contenu des droits ancestraux qu'à l'étape qui consiste à établir si une atteinte à un droit ancestral s'avère justifiée : voir *R. c. Gladstone*, précité, note 19, par. 72.
106. Dans l'affaire *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 92, la Cour affirme l'importance systémique des valeurs véhiculées par la *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 20 : « La Charte est une réaffirmation des valeurs fondamentales qui guident et façonnent notre société démocratique et notre régime juridique. »

L'idée que certains principes cardinaux d'ordre public peuvent limiter de manière intrinsèque la portée des droits ancestraux se trouve d'ailleurs dans la jurisprudence selon laquelle la réception du droit coutumier précolonial ne s'opérera que si « those laws and customs are not so repugnant to natural justice, equity and good conscience that judicial sanctions must be withheld¹⁰⁷ ». La logique de conciliation des droits ancestraux avec l'ordre public étatique qu'exprime cette jurisprudence cadre parfaitement avec la finalité conciliatrice attribuée par la Cour suprême à la common law et à l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁰⁸.

La Cour suprême devrait donc, lorsque l'occasion lui sera donnée, confirmer que le groupe autochtone ne saurait se réclamer des droits ancestraux pour méconnaître les valeurs essentielles que sont les droits et libertés de la personne, dont la liberté de conscience et de religion. Elle pourra en cela s'inspirer des valeurs de la Charte canadienne puisqu'il est établi que « la common law doit être interprétée d'une manière qui soit conforme aux principes de la *Charte*¹⁰⁹ ». Certes, la Charte énonce explicitement dans son article 25 qu'elle « ne porte pas atteinte » aux droits ancestraux des peuples autochtones. Si cette disposition empêche que la Charte puisse servir à remettre en cause l'existence d'un droit ancestral, si elle convie sans doute au respect de la spécificité culturelle autochtone, elle n'autorise pas cependant à donner préséance absolue à l'exercice des droits de groupe sur les droits fondamentaux des individus¹¹⁰.

Somme toute, la plus grande difficulté à laquelle devront faire face les tribunaux sera de tracer la ligne de démarcation entre l'affirmation légitime

107. *Mabo v. Queensland* [n° 2], [1992], 175 C.L.R. 1, 51 (H.C. Australie); *Idewu Inasa v. Oshodi*, [1934] A.C. 99, 105.

108. La même logique conciliatrice transparait également de la décision rendue dans l'affaire *Thomas v. Norris*, précitée, note 4. Voir T. ISAAC, « Individual Versus Collective Rights : Aboriginal People and the Significance of *Thomas c. Norris* », (1992) 21 *Man. L.J.* 618.

109. *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, précité, note 106, par. 91.

110. Voir CANADA, COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op. cit.*, note 7, pp. 254-258. Il est en outre intéressant de noter que le principal instrument international de protection des droits des peuples autochtones, savoir l'ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Convention 169 relative au peuples indigènes et tribaux*, 5 sept. 1991, énonce à son article 8 que les peuples autochtones « doivent avoir le droit de conserver leurs coutumes et institutions dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles avec les droits fondamentaux définis par le système juridique national et avec les droits de l'homme reconnus au niveau international ». Voir G. OTIS et B. MELKEVIK, *Peuples autochtones et normes internationales : analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 70.

du particularisme culturel autochtone et la manifestation d'une emprise abusive du groupe sur l'individu¹¹¹.

Conclusion

La conclusion essentielle qu'il convient de tirer de notre étude de l'expérience canadienne est que si des droits religieux peuvent sans difficulté être reconnus et sauvegardés en marge de l'idéologie individualiste et « universalisante » des droits fondamentaux de la personne, il en va autrement de la liberté de religion.

La Constitution canadienne, par la réception qu'elle opère du principe de l'« autochtonité », permet de traduire dans le droit positif la charge religieuse du terroir ancestral. Elle valide de la sorte la revendication autochtone d'un droit constitutionnel de préserver la spiritualité autochtone traditionnelle par le libre accès à la terre des ancêtres et des dieux.

Procédant de la logique exclusiviste de l'« autochtonité », les droits ancestraux sont aussi contraints par la lecture traditionaliste que la Cour suprême a jusqu'à maintenant faite de cette « autochtonité ». Il ressort de la jurisprudence de la Cour que les droits ancestraux sont porteurs d'obligations et d'interdits attribuables, notamment, au carcan religieux que constitue le référent précolonial et à une appréhension « sacralisante » de la terre autochtone. Cet ensemble de contraintes empêche le constat d'une véritable liberté de religion.

Toutefois, en survalorisant parfois la référence aux coutumes immémoriales à la relation unique de l'autochtone à la terre, les élites autochtones n'ont-elles pas un peu conditionné les juges dans leur démarche de captation passéiste de l'« autochtonité » ? N'aurait-il pas fallu que la société en général et les communautés autochtones d'aujourd'hui légitiment davantage le dépassement du clivage symbolique entre tradition et modernité ?

111. Pour une ébauche de conciliation des droits autochtones identitaires et des droits individuels, voir G. OTIS, « La tolérance comme fondement et limite des droits identitaires autochtones », dans P. DUMOUCHEL et B. MELKEVIK (dir.), *Tolérance, pluralisme et histoire*, coll. « Éthikè », Montréal, L'Harmattan, 1998, p. 95. Certains pensent qu'il existe un antagonisme irréductible entre ce qu'ils estiment être la tradition collectiviste autochtone et le libéralisme individualiste qui imprègne les chartes des droits. Voir, par exemple, M.E. TURPEL, « Aboriginal Peoples and the Canadian Charter : Interpretative Monopolies, Cultural Differences », (1989-90) 6 C.H.R.Y. 3.