



L'État canadien et la reconnaissance des droits religieux autochtones

Claude Gélinas 

Résumé

La politique actuelle de réconciliation qui guide les rapports que l'État canadien entretient avec les peuples autochtones affiche une certaine discontinuité en matière de reconnaissance de leurs droits religieux. D'une part, les gouvernements accordent aux Autochtones certains privilèges à des fins de valorisation de leurs particularismes religieux dans l'espace public, d'une manière qui ne s'étend pas nécessairement à d'autres segments de la société. Parallèlement, par l'entremise de lois et d'ententes politiques, des nations autochtones se sont vu reconnaître des droits et privilèges en lien avec leur sphère religieuse, lesquels demeurent toutefois largement assujettis au cadre normatif établi par la majorité. Enfin, les tribunaux peinent jusqu'à présent à considérer les particularismes religieux des nations autochtones en tant que motif décisionnel. Cette reconnaissance à géométrie variable laisse transparaître un relent de colonialisme suivant lequel la dimension symbolique est valorisée, au détriment des avenues susceptibles de mener à une réelle autonomie des nations autochtones en matière d'expression religieuse.

Mots clés: Canada, peuples autochtones, religion, colonialisme

Abstract

The current policy of reconciliation that guides the relationship between the State and Indigenous Peoples in Canada displays certain limitations when it comes to the recognition of religious rights. On the one hand, governments grant Indigenous Peoples certain privileges to promote their religious specificities in the public space, in a way that does not necessarily extend to other segments of society. At the same time, through laws and political agreements, Indigenous nations have been granted rights and privileges related to their religious sphere, which nevertheless remain largely subject to the normative framework established by the majority. Finally, courts still struggle to consider the religious particularities of Indigenous nations in their reasoning. This recognition then, which varies greatly, reveals a hint of colonialism whereby the symbolic dimension is valued, to the detriment of avenues likely to lead to the real autonomy of Indigenous nations with regard to their religious expressions.

Keywords: Canada, Indigenous peoples, religion, colonialism

Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit et Société, 2021, Volume 36, no. 2, pp. 245–261. doi:10.1017/cls.2021.8

© The Author(s), 2021. Published by Cambridge University Press on behalf of the Canadian Law and Society Association. 245

L'approche actuelle de réconciliation censée guider les rapports qu'entretient l'État canadien avec les peuples autochtones s'inscrit en réponse à une politique colonialiste qui avait maintenu ces derniers, et plus particulièrement les Premières Nations, sous un régime de tutelle. Orienté au premier chef par des objectifs de dépossession territoriale et de transformation culturelle, ce régime colonial incluait, par l'entremise de l'évangélisation et de l'éducation, la promotion du christianisme perçu comme un cadre moral souhaitable pour les Autochtones, car susceptible de favoriser leur transformation en citoyens productifs et respectables dans la société civile¹. Or, bien que l'État canadien soit désormais plus soucieux de respecter les spécificités culturelles des populations autochtones, la reconnaissance qu'il alloue à leurs particularismes religieux – entendons ici les formes d'expression d'un lien au sacré qui présentent des différences par rapport à la tradition chrétienne – n'est pas sans limites.

Ainsi, les gouvernements accordent désormais volontiers des privilèges symboliques en matière d'expression des religions autochtones dans l'espace public, y compris en des endroits et circonstances qui relèvent de l'action politique, et cela par des avenues qui ne sont pas nécessairement accessibles à d'autres collectivités ethnoculturelles ou ethnoreligieuses². À l'inverse, et en dépit d'avancées notables, il demeure plus difficile pour les peuples autochtones de se voir reconnaître, par les voies politiques et juridiques, des droits formels équivalents à un plein contrôle sur leur sphère religieuse. Cette dissonance s'avère non seulement une source de confusion pour les Autochtones, qui parviennent difficilement à mesurer ce qu'ils peuvent attendre de l'État en matière de reconnaissance de ce qu'ils considèrent des droits religieux, mais elle laisse transparaître une posture étatique en porte à faux avec les principes de respect mutuel et de renforcement de l'exercice des pouvoirs par les Autochtones promus depuis 1998 par la politique de réconciliation.

Essentiellement, il revient encore à l'État canadien de déterminer la nature et la portée des droits religieux des peuples autochtones, en fonction de ses propres intérêts et des orientations politiques et idéologiques de ses institutions. Sur ce point, nous rejoignons les analyses de Otis³, Beaman⁴, Borrows⁵ et Shrubsole⁶ qui

¹ Voir notamment Ronald Niezen, *Spirit Wars. Native North American Religions in the Age of Nation Building* (Berkeley : University of California Press, 2000).

² Un des plus récents exemples est la décision du gouvernement du Québec de ne pas assujettir les signes religieux autochtones à la récente loi sur la laïcité, bien que cela ne soit pas stipulé de manière explicite dans le texte de loi : Laurence Niosi, « Laïcité : le gouvernement ne viserait pas les "signes spirituels autochtones" », *Radio-Canada*, 17 avril 2019, <https://ici.radio-canada.ca/espaces-autochtones/1164620/laicite-autochtones-21-watso-caq-signes>; *Loi sur la laïcité de l'État*, chapitre L-0.3, 2019.

³ Ghislain Otis, « Revendications foncières, "autochtonité" et liberté de religion au Canada », *Les Cahiers de Droit* 40, n° 4 (1999) : 741-72.

⁴ Lori G. Beaman, « Aboriginal Spirituality and the Legal Construction of Freedom of Religion », *Journal of Church and State* 44, n° 1 (2002) : 135-49.

⁵ John Borrows, « Living Law on a Living Earth: Aboriginal Religion, Law, and the Constitution », dans *Law and Religious Pluralism in Canada*, dir. Richard Moon (Vancouver : University of British Columbia, 2008), 161-91.

⁶ Nicolas Shrubsole, *What Has No Place, Remains. The Challenges for Indigenous Religious Freedom in Canada Today* (Toronto : University of Toronto Press, 2019).

ont montré dans quelle mesure la tradition juridique, les biais culturels et les intérêts économiques de la majorité peuvent constituer des obstacles à la reconnaissance des droits religieux autochtones par les tribunaux. Toutefois, nous souhaitons élargir ici la perspective pour inclure les droits religieux reconnus à certaines nations autochtones dans le sillon des traités modernes, des ententes sur l'autonomie gouvernementale et des ententes sectorielles conclues depuis les années 1990, et vérifier si ces mêmes obstacles, ou d'autres, ont influencé la configuration de ce cadre normatif.

Notre objectif, ici, n'est pas d'établir, par une critique des dispositions légales ou des décisions judiciaires, dans quelle mesure les limites actuelles imposées aux Autochtones en matière de droits religieux sont justifiables ou non, ni de suggérer comment ces limites pourraient, le cas échéant, être modifiées d'un point de vue normatif. Encore moins s'agit-il de promouvoir une reconnaissance absolue de tels droits religieux, d'autant qu'une frange politique autochtone n'y aspire pas, préférant de facto affirmer l'existence de ces droits. Nous souhaitons avant tout faire ressortir, à partir d'un survol des différentes formes de considérations manifestées par l'État canadien à l'égard du fait religieux autochtone, la discontinuité qui les caractérise, et illustrer ses fondements pragmatiques. Cet exercice permet de constater que la reconnaissance des particularismes religieux autochtones peut s'avérer hautement significative lorsqu'elle se résume à une dimension avant tout symbolique, mais qu'elle s'éloigne d'une réelle portée normative à mesure qu'elle entre plus ou moins en concurrence avec des valeurs et des intérêts chers à la majorité.

Ainsi, après un rappel de la place désormais réservée à la dimension religieuse autochtone en contexte protocolaire au Canada, nous présenterons un survol des dispositions légales touchant cette même dimension dans les lois ordinaires du pays ainsi que dans les ententes politiques conclues entre l'État et certaines nations autochtones, en faisant notamment ressortir les limites qu'elles prévoient. Finalement, nous ferons porter notre attention sur quelques décisions des tribunaux pour illustrer certains écueils auxquels se heurtent encore la représentation, l'interprétation et la réception des particularismes religieux autochtones sur le plan juridique.

La reconnaissance symbolique

Dans le sillon de leur mobilisation et de leurs revendications politiques depuis les années 1970, les peuples autochtones ont imposé une reconfiguration de la relation qu'ils entretiennent avec l'État canadien. Un recours plus systématique à la négociation prévaut désormais, une garantie constitutionnelle de leurs droits ancestraux et issus de traités a été obtenue, des ententes en vue d'une plus large autonomie ont été conclues avec certaines nations, et un courant jurisprudentiel plus attentif et réceptif à leurs droits et à leurs particularismes historiques et culturels s'est établi. Ces avancées ont coïncidé avec l'adoption, par le gouvernement fédéral, d'une politique de multiculturalisme favorable à la liberté culturelle et au maintien des particularismes ethnoculturels, y compris ceux des peuples autochtones. À ceci s'est ajoutée, depuis 1998, une politique de réconciliation avec les Autochtones ayant

notamment pour principe le respect de leurs cultures⁷. Ce contexte d'ensemble s'avère ainsi favorable aux expressions et à la valorisation des particularismes religieux autochtones, tantôt à des fins d'affirmation identitaire, par l'entremise de cérémonies rituelles publiques par exemple, tantôt à des fins de guérison communautaire par la promotion, dans différentes sphères de la vie sociale comme l'éducation, les soins de santé et la justice, de croyances et de pratiques souvent dites héritées du Créateur et des ancêtres et qui présentent, par conséquent, un caractère sacré.

Dans ce contexte, les occasions de proximité entre l'appareil d'État et ses représentants, et les formes d'expression religieuse autochtones se sont multipliées. Il est désormais fréquent, voire habituel, qu'à des fins protocolaires, des personnes autochtones, leaders spirituels ou autres, récitent des prières, entonnent des chants ou des musiques à connotation religieuse ou pratiquent des rituels de purification lors d'événements politiques. Déjà en 2003, le premier ministre Paul Martin, nouvellement élu, avait fait l'objet d'un tel rituel de fumigation lors de la cérémonie d'assermentation au Parlement d'Ottawa⁸, ce qui s'avérait d'autant plus surprenant qu'il est raisonnable de croire qu'une forme de ritualité similaire associée à une autre tradition religieuse, eût-elle été catholique, musulmane ou autre, aurait soulevé des questionnements en lien avec l'obligation de neutralité de l'État et le principe de séparation des pouvoirs politiques et religieux. À titre d'exemple, rappelons que la coutume de réciter la prière avant que les élus ne débutent leurs travaux dans plusieurs enceintes délibératives du pays a non seulement été remise en question ces dernières années, mais fait l'objet de contestations devant les tribunaux. Depuis, les cérémonies à connotation religieuse dans le contexte de rencontres et de dialogues politiques se sont multipliées et voient des représentants de l'État y prendre part, parfois même en arborant des tenues ou des symboles traditionnels autochtones⁹. Les tribunaux s'inscrivent également dans cette mouvance; par exemple, une personne qui porte serment ou qui témoigne en cour au Manitoba peut désormais tenir une plume d'aigle plutôt que de poser la main sur la Bible. Comme le soulignait la juge en chef de la Cour provinciale à ce sujet, « *The courts are committed to reconciliation, and the court acknowledges its responsibility to find a meaningful way to include Indigenous people in the court system and to build their confidence in the administration of justice* »¹⁰.

À l'instar de la représentativité, de l'authenticité et de la crédibilité accordées à ces formes d'expression religieuse en contexte protocolaire, la pertinence de prendre ainsi certaines libertés envers le principe de neutralité est sujette à débat. Cela

⁷ « Discours de l'honorable Jane Stewart, Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, à l'occasion du dévoilement de *Rassembler nos forces : le plan d'action du Canada pour les questions autochtones*, 7 janvier 1998 », page consultée le 29 décembre 2020, <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100015725/1571590271585>; Gouvernement du Canada, *Rassembler nos forces : le plan d'action du Canada pour les questions autochtones, Rapport d'étape, première année* (Ottawa : ministère de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1998).

⁸ Claude Gélinas, « La purification de Paul Martin », *Bulletin du SoDRUS* 1, n° 1 (2004) : 5-6.

⁹ Voir, par exemple, Alexandra Genova, « Justin Trudeau Celebrates National Aboriginal Day », *Daily Mail*, 21 juin 2016.

¹⁰ Niigaan Sinclair, « Eagle Feathers in Law Courts Just Small Step », *Winnipeg Free Press*, 28 septembre 2019.

pourrait être justifié dans la perspective d'une démarche réparatrice et de justice sociale, comme une manière de valider l'importance de la dimension religieuse dans le processus de décolonisation, tout en réhabilitant des traits culturels autochtones comme systèmes religieux d'égale valeur aux autres traditions religieuses. Ce le serait moins si ces écarts tenaient d'abord à un souci d'apparence pour éviter toute impression de perpétuer une attitude coloniale, ou à un conformisme obligé, d'autant qu'ils s'avèrent susceptibles d'alimenter un essentialisme et d'entretenir l'impression d'une distance ethnoculturelle sur plusieurs plans fictive¹¹. Mais ultimement, c'est ce traitement différencié accordé par l'État aux religions autochtones, en marge des principes constitutifs du régime de laïcité, qui donne une portée significative à ce mode de reconnaissance.

Les droits issus des lois ordinaires et des ententes politiques

Ce qui précède ne saurait masquer le fait qu'à l'échelle canadienne, les Autochtones se heurtent encore à de nombreux obstacles en ce qui concerne l'expression de leurs croyances et pratiques religieuses. Ces obstacles peuvent être en lien avec l'accès à des lieux sacrés situés sur des terres publiques ou privées, ou avec le contrôle exercé sur des objets cérémoniels, des restes humains ou tout autre élément symbolique de valeur. Ils peuvent aussi relever d'une compromission de l'autonomie nécessaire pour déployer librement la dimension religieuse à l'échelle communautaire. Or, bien que la dimension spirituelle ait été reconnue par le gouvernement canadien comme un objet légitime de revendication et de négociation pour les Autochtones¹², et que ce dernier ait annoncé son appui à la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* en 2016¹³, cela ne s'est pas traduit au pays par une législation de portée générale en matière de droits religieux pour les peuples en question. Plutôt, ce sont de rares dispositions incluses dans des lois ordinaires fédérales, provinciales et territoriales, de même que des ententes politiques entre les gouvernements et certaines nations autochtones qui balisent au Canada un droit des religions autochtones aussi fragmenté que restreint.

En conformité avec une reconnaissance de principe du droit inhérent des nations autochtones à l'autogouvernance¹⁴, et par l'entremise de droits formels à l'autogouvernance découlant d'ententes conclues avec l'État – souvent au terme de longues luttes politiques et en fonction desquelles d'autres droits peuvent être éteints –, certaines de ces nations jouissent désormais d'une capacité législative et

¹¹ Claude Gélinas, « L'État canadien doit-il être neutre envers les spiritualités autochtones? », dans *Trajectoires de la neutralité*, dir. Valérie Amiraux et David Koussens (Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 2014), 61-73. Pour une perspective comparative, voir Rex Ahdar, « Indigenous Spiritual Concerns and the Secular State : Some New Zealand Developments », *Oxford Journal of Legal Studies* 23, n° 4 (2003) : 611-37.

¹² Gouvernement du Canada, *L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie* (1995), <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100031843/1539869205136>; Gouvernement du Canada, *Principes régissant la relation du Gouvernement du Canada avec les peuples autochtones* (Ottawa : ministère de la Justice, 2018), 6.

¹³ Celle-ci affirme, entre autres, les droits de peuples autochtones en matière de pratique, de mise en valeur, de transmission, de protection et d'accès concernant leur patrimoine spirituel : *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (2007), articles 12, 13, 24, 25, 34.

¹⁴ Gouvernement du Canada, *Rassembler*; Gouvernement du Canada, *Principes*, 5-6, 9.

administrative d'élaborer des programmes et d'offrir des services en matière de culture et de spiritualité. Elles peuvent ainsi implanter des règles ou des politiques en matière de préservation, de promotion et de développement des lieux, des connaissances et des pratiques à caractère sacré¹⁵. À l'instar de quelques lois provinciales relatives à la protection de l'enfance¹⁶, des ententes politiques reconnaissent également la spécificité de la culture et de la spiritualité autochtones, et la nécessité de respecter et de protéger l'identité culturelle des enfants autochtones pris en charge¹⁷. À cela peut s'ajouter un contrôle sur l'utilisation, la reproduction ou encore la représentation de symboles et de pratiques culturelles, incluant potentiellement ceux et celles à caractère religieux¹⁸, ou une compétence législative touchant la célébration des rites et cérémonies de mariage et la définition des règles relatives aux personnes pouvant agir comme célébrants¹⁹. Dans ce dernier cas toutefois, ces dispositions ne dispensent pas les futurs époux qui souhaitent se marier en vertu des lois de leur nation de posséder un permis de mariage valide²⁰.

L'importance du lien culturel et spirituel que les Autochtones entretiennent avec le territoire est également reconnue par les gouvernements. Plusieurs ententes politiques y font explicitement référence, allant jusqu'à reconnaître que l'attachement culturel à la terre doit être pris en compte dans l'évaluation des compensations aux nations affectées par des activités de développement ou des mesures d'expropriation sur des terres où elles possèdent des droits ou des intérêts²¹.

¹⁵ Gouvernement du Canada, *Accord sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale entre le peuple t̄ichq̄ et le Gouvernement des Territoires du Nord-Ouest et le gouvernement du Canada* (Ottawa, 2003), art. 7.4.4a; Gouvernement du Canada, *Accord sur des revendications territoriales entre les Inuit du Labrador et Sa Majesté La Reine du Chef de Terre-Neuve-et-Labrador et Sa Majesté La Reine du Chef du Canada* (Ottawa, 2005), art. 17.8.1; Gouvernement du Canada, *Accord définitif sur l'autonomie gouvernementale de Dél̄iñq̄* (Ottawa, 2015), art. 18.1.1; Gouvernement du Canada, *Accord définitif des Premières Nations maa-nulthes* (Ottawa, 2009), art. 21.2.1-2; Gouvernement du Canada, *Accord de gouvernance entre la Nation Dakota de Sioux Valley représentée par le Conseil élu de son gouvernement et Sa Majesté La Reine du Chef du Canada représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien* (Ottawa, 2013), art. 17.01(1-2).

¹⁶ *Child, Youth and Family Enhancement Act*, RSA 2000, c C-12, art. 2p, 52 (1.3), 58g, 63.1f, 63.2f, 63.3e; *Children, Youth and Families Act*, SNL 2018, c. C-12.3, art. 65(4).

¹⁷ Gouvernement du Canada, *Accord [t̄ichq̄]*, art. 7.6.2-3; Gouvernement du Canada, *Accord [Inuit du Labrador]*, art. 17.18.11. En ce sens, un règlement sur la profession de travailleur social au Manitoba requiert une base de connaissances et des compétences relatives à la spiritualité des peuples autochtones de la part des intervenants : *Loi sur la profession de travailleur social* (c. S169 de la C.P.L.M.), règlement 256/2014, 7 novembre 2014, art. 17(1b).

¹⁸ Gouvernement du Canada, *Accord gouvernemental de la Première Nation de Westbank* (Ottawa, 2003), art. 175(e). Voir également Catherine Bell, Graham Statt, Michael Solowan, Allyson Jeffs et Emily Snyder, « First Nations Cultural Heritage: A Selected Survey of Issues and Initiatives », dans *First Nations Cultural Heritage and Law: Case Studies, Voices and Perspectives*, dir. Catherine Bell et Val Napoleon (Vancouver : UBC Press, 2014), 395-96.

¹⁹ Gouvernement du Canada, *Accord [t̄ichq̄]*, art. 2.10.12(i); 7.4.4(n); Gouvernement du Canada, *Accord définitif de la Première Nation de Yale* (Ottawa, 2012), art. 3.21.1-9.

²⁰ *Ibid.*, art. 3.21.2-3.

²¹ Gouvernement du Canada, *Accord-cadre définitif entre le Gouvernement du Canada, le Conseil des Indiens du Yukon et le Gouvernement du Yukon* (Ottawa, 1993), préambule; Gouvernement du Canada, *Agreement Between the Inuit of the Nunavut Settlement Area and the Queen in Right of Canada* (Ottawa, 1993), art. 21.8.3(g), 21.9.9(g), 33.2.5; Gouvernement du Canada, *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Nunavik* (Ottawa, 2006), art. 9.2(e); *Forest Practices Code of British Columbia Act*, RSBC 1996, c. 159, préambule; *Loi sur le transfert de responsabilités aux Territoires du Nord-Ouest*, 2014, c. C-15, art. 72.07.

Parallèlement, la *Loi sur la gestion des terres des Premières Nations* prévoit qu'une bande indienne peut se doter d'un code foncier et adopter des dispositions législatives concernant, entre autres, « la mise en valeur, la conservation, la protection, la gestion, l'utilisation et la possession [des terres] »²², alors que des nations signataires d'ententes peuvent exercer un contrôle en vue de gérer, protéger et préserver des sites patrimoniaux ou des lieux qui présentent une valeur spirituelle ou religieuse sur les terres conventionnées²³. Le gouvernement fédéral s'est aussi arrogé le pouvoir de suspendre des activités de développement économique liées aux hydrocarbures sur les terres d'une Première Nation qui porteraient atteinte à des sites de valeur spirituelle ou cérémonielle²⁴.

Toutefois, lorsqu'il s'agit de lieux et de ressources à caractère religieux situés sur des terres publiques ou privées, l'accès à ce patrimoine ainsi que sa protection présentent des défis importants pour les Autochtones qui, dès lors, demeurent essentiellement tributaires de la volonté des autorités politiques et des intérêts privés. Certes, de rares dispositions dans les ententes permettent à des nations autochtones d'utiliser les eaux ou des ressources animales et forestières sur des terres publiques à des fins spirituelles, ou d'adapter la réglementation existante afin de concilier la protection de la faune et les activités dites traditionnelles, y compris à des fins rituelles. Mais cela est fait en prenant soin de préciser les modalités d'accès et de récolte en fonction des règles déjà en vigueur et des objectifs de conservation, ou en proscrivant l'exploitation des ressources à des fins commerciales²⁵. Des lois relatives au patrimoine et aux parcs provinciaux ainsi que des ententes spécifiques prévoient aussi que des territoires ou des sites d'importance culturelle et spirituelle pour les Autochtones peuvent faire l'objet de mesures de protection et de préservation à l'extérieur des territoires conventionnés²⁶. Or, tant les mesures à adopter que l'identification des sites ou du patrimoine autochtone digne de protection peuvent relever ultimement d'autorités non autochtones ou de comités décisionnels mixtes, avec ou sans processus de consultation ou de participation prévus,

²² L.C. 1999, c. 24, art. 20(1c).

²³ Voir notamment Gouvernement du Canada, *Accord [Westbank]*, art. 175a-b; Gouvernement du Canada, *Accord [Nations maa-nulthes]*, art. 20.6.1; Gouvernement du Canada, *Accord [Nation Dakota de Sioux Valley]*, art. 17.01.(2, d).

²⁴ *An Act to Amend the Indian Oil and Gas Act*, SC 2009, c. 7, art. 5(1)a, ii.

²⁵ Gouvernement du Canada, *Entente sur la revendication territoriale globales (sic) des Gwich'in conclue par Sa Majesté du Chef du Canada et les Gwich'in représentés par le Conseil des Gwich'in* (Ottawa, 1992), art. 19.1.13; Gouvernement du Canada, *Accord-cadre [Yukon]*, art. 17.3.1.3; *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune* (Québec, 2002), c. C-61.1, art. 24.1-2; Gouvernement du Canada, *Accord [Nations maa-nulthes]*, art. 21.3.0; *Loi sur le transfert de responsabilités aux Territoires du Nord-Ouest*, 62-63 Elizabeth II, 2012-2014, c. 2, art. 163; Gouvernement du Canada, *Accord définitif des Tla'amins* (Ottawa, 2016), ch. 14, art. 31-33.

²⁶ Gouvernement du Québec, *Entente concernant une nouvelle relation entre le Gouvernement du Québec et les Cris du Québec*, Québec, Secrétariat aux affaires autochtones (Québec, 2002), art. 3.9.1-2; *The East Side Traditional Lands Planning and Special Protected Areas Act*, C.C.S.M. 2009, c. E3, art. 5(1) et 10(3c-d); *The Heritage Property Act*, S.S. 2014, c. H-2.2, art. 64(1-2); *Heritage Conservation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 187, art. 13(2c); *The Wanuskewin Heritage Park Act*, S.S. 1997, c. W-1.3, art. 9c; *Loi sur le patrimoine historique*, L.R.Y. 2002, c. 109, art. 15(1a); Gouvernement du Québec, *Plan directeur. Parc national Kuururjuaq* (Québec, ministère du Développement durable, de l'Environnement de la Faune et des Parcs, 2013), 32; Gouvernement du Québec, *E'weewach là où originent les eaux. Projet de parc Albanel-Témiscamie-Otish. Plan directeur provisoire* (Québec, ministère du Développement durable, Environnement et Parcs, 2005), 26-27.

tandis que, dans certains cas, des limites de superficie protégeables sont préétablies²⁷. Autrement, le cadre légal susceptible de protéger les intérêts d'ordre religieux hors des juridictions autochtones se limite à certaines dispositions qui obligent à consulter ou à mener des études d'impact lorsque des projets de développement risquent de porter atteinte aux intérêts autochtones, ou à aviser les nations concernées en cas de découvertes archéologiques fortuites²⁸.

À l'instar du lien au territoire, l'État canadien a reconnu qu'une nation autochtone peut entretenir une relation spirituelle avec son patrimoine mobilier²⁹, qu'il s'agisse de formes de représentations, de restes humains ou d'objets cérémoniels ou provenant de sépultures. Par l'entremise d'ententes, certaines nations jouissent d'un droit de propriété ou de contrôle, total ou partagé, sur de tels biens présents ou découverts en territoire réglementé ou traditionnel, et peuvent en disposer tout autant à des fins de protection et de préservation que de mise en valeur³⁰. Quelques lois ordinaires et ententes politiques reconnaissent un droit de propriété ou prévoient la remise de ce type d'objets ou de restes humains aux communautés concernées, l'obligation d'informer celles-ci lors de découvertes et de les consulter lorsque l'utilisation du territoire ou des projets de lois ou de recherche sont susceptibles de porter atteinte à de telles composantes patrimoniales, ou encore des modalités visant à protéger le patrimoine matériel, archéologique, funéraire ou autre, et l'accès et la recherche en certains endroits³¹. Sinon, en l'absence d'une loi de portée générale sur la protection et la gestion du patrimoine mobilier culturel ou

²⁷ Gouvernement du Canada, *Entente sur la revendication territoriale globale des Dénés et Métis du Sahtu* (Ottawa, 1993), art. 16.1.4, 16.3.3, 26.1.4, 26.2.1-6; Gouvernement du Canada, *Accord-cadre [Yukon]*, art. 13.4.5, 13.5.1, 13.9; *Heritage Conservation Act*, RSBC 1996, c. 187, art. 13(2c); *The Wanuskewin Heritage Park Act*, SS 1997, c. W-1.3, art. 9c; *Loi sur le patrimoine historique*, L.R.Y. 2002, c. 109, art. 15(1a); Gouvernement du Québec, *Entente concernant une nouvelle relation entre le Gouvernement du Québec et les Cris du Québec* (Québec, 2002), art. 3.9.1-2; Gouvernement du Canada, *Accord [tłı́chq]*, art. 15.1.3, 15.3.8f; *The East Side Traditional Lands Planning and Special Protected Areas Act*, CCSM (Manitoba, 2009), c. E3, art. 5(1), 10(3c-d); *The Heritage Property Act*, SS (2014), c. H-2.2, art. 64(1-2); Gouvernement du Canada, *Accord [Inuit du Labrador]*, art. 15.8; Gouvernement du Canada, *Accord [Nunavik]*, annexe 11-2, 5(d); Gouvernement du Canada, *Accord [Nations maa-nulthes]*, art. 23.10.1.

²⁸ *Règlement sur l'utilisation des terres territoriales*, C.R.C., c. 1524, art. 16; *Règlement sur l'utilisation des terres de la vallée du Mackenzie*, DORS/98-429, art. 12.

²⁹ Gouvernement du Canada, *Nisha'a Final Agreement* (Ottawa, 1999), ch. 17, art. 2.

³⁰ *Loi sur le patrimoine historique*, L.R.Y. 2002, c. 109, art. 66(9-11), 69(2), 70(1-2); Gouvernement du Canada, *Accord-cadre [Yukon]*, art. 13.3.1-2; Gouvernement du Canada, *Accord [Inuit]*, art. 33.7.1-2; Gouvernement du Canada, *Nisha'a*, ch. 17, art. 40; Gouvernement du Canada, *Accord [Nunavik]*, art. 20.4.2, 20.6.2.2; Gouvernement du Canada, *Accord [Nations maa-nulthes]*, art. 21.2.1; Gouvernement du Canada, *Accord entre les Cris d'Eeyou Istchee et Sa Majesté La Reine du Chef du Canada sur la région marine d'Eeyou* (Ottawa, 2011), art. 26.4.2, 26.7.2; Gouvernement du Canada, *Accord [Nation Dakota de Sioux Valley]*, art. 17.01(2e); Gouvernement du Canada, *Entente sur la gouvernance de la Nation crie entre les Cris d'Eeyou Istchee et le gouvernement du Canada* (Ottawa, 2017), art. 8.6.

³¹ *Cemeteries Act (Revised)*, R.S.O. 1990, c. C.4, 70-72; Gouvernement du Canada, *Entente [Dénés et Métis du Sahtu]*, art. 26.1.3-6, 26.2.5, 26.2.6(a); *Mackenzie Valley Resources Act*, SC 1998, c. 25, art. 64(1); Gouvernement du Canada, *Entente définitive du Conseil des Ta'an Kwach'an conclue par le Gouvernement du Canada, les Conseil des Ta'an Kwach'an et le Gouvernement du Yukon* (Ottawa, 2002), art. 13.4.5; Canada, *Accord [tłı́chq]*, art. 17.2.4-8; Gouvernement du Canada, *Accord [Inuit du Labrador]*, art. 15.7.3, 15.8.6; Canada, *Accord [Nunavik]*, art. 20.3, 20.4.8; *Règlement sur les lieux archéologiques et paléontologiques du Nunavut*, DORS/2001-220, 2009, art. 3(1), 4, 5; Gouvernement du Canada, *Tsawassen First Nation Final Agreement* (Ottawa, 2010), ch. 14, art. 28; *The Heritage Property Act*, SS (2014), c. H-2.2, art. 65(3).

religieux autochtone, le cadre normatif en cette matière demeure très limité³², et les biens patrimoniaux et les restes humains situés hors des juridictions autochtones ou des cimetières reconnus appartiennent en général à l'État ou à des propriétaires privés qui, en principe, peuvent en disposer à leur guise.

Le Canada ne dispose pas non plus d'une loi de portée générale sur le rapatriement d'objets patrimoniaux dans les collectivités autochtones. Si quelques provinces ont adopté des dispositions légales dans ce domaine, la décision de retourner ou non des objets demeure la prérogative des autorités politiques³³. Des ententes prévoient néanmoins que des nations autochtones peuvent être informées si des objets patrimoniaux qui les concernent se trouvent dans certaines collections muséales, qu'elles sont en mesure de demander et de conclure des ententes pour en obtenir le retour³⁴, ou qu'elles en obtiennent effectivement le retour, dans certains cas sous réserve de conditions spécifiques liées au risque, à l'accessibilité ou à l'utilité des biens³⁵, ce qui pourrait potentiellement représenter des obstacles pour l'exercice des droits religieux. Tout comme d'autres dispositions prévoient que le gouvernement fédéral et certains musées peuvent ou doivent aider les communautés qui le souhaitent à localiser des artefacts et des restes humains dans des collections publiques au pays, ou faciliter le retour ou l'accès à des ressources patrimoniales, objets ou restes humains qui se trouvent à l'extérieur des juridictions autochtones, à condition cependant que cela soit compatible avec le maintien de l'intégrité des collections nationales ou territoriales³⁶. Certes, les institutions muséales relevant ou non de l'État sont désormais sensibles et disposées à faciliter l'accès aux collections et le rapatriement de tels objets d'importance sur les plans culturel et religieux³⁷, mais rien n'est acquis d'office pour les nations autochtones, car il s'agit d'un contexte de négociation, au cas par cas, et les institutions demeurent contraintes par leur mission et le cadre normatif qui régit leur fonctionnement.

En matière d'éducation, l'importance de la dimension spirituelle pour les Autochtones est également reconnue par l'État canadien. Dans le préambule de la récente entente sur l'éducation conclue avec la Nation Anishinabek, le gouvernement fédéral convient qu'une plus grande autonomie en matière d'éducation est justifiée par un « devoir sacré » qui engage les collectivités concernées « à assurer le

³² *Loi sur l'exportation et l'importation de biens culturels*, L.R.C. (1985), c. C-51, art. 4(2); *Loi sur le ministère du Patrimoine canadien*, L.C. 1995, c. 11, art. 2(k), 5; *Loi sur l'Agence Parcs Canada*, L.C. 1998, c. 31, art. 8b.

³³ *First Nations Sacred Ceremonial Objects Repatriation Act*, R.S.A. 2000, c. 14; *Museum Act*, SBC 2003, c. 12, art. 7.

³⁴ Gouvernement du Canada, *Nisha'a*, ch. 17, art. 7-34; Gouvernement du Canada, *Accord [Inuit du Labrador]*, art. 15.12, 15.14; Gouvernement du Canada, *Accord [Nations maa-nulthes]*, art. 20.2, 20.5; Gouvernement du Canada, *Tsawassen*, ch. 14, art. 11-12; Gouvernement du Canada, *Accord [Tla'amins]*, ch. 14, art. 12-21, 24-27.

³⁵ Canada, *Agreement [Inuit du Nunavut]*, art. 33.8.2-4; Gouvernement du Canada, *Accord [Cris d'Eeyou Istchee]*, art. 26.5.

³⁶ Gouvernement du Canada, *Accord-cadre [Yukon]*, art. 13.4.3; Gouvernement du Canada, *Nisha'a*, ch. 17, art. 35; Gouvernement du Canada, 2006, *Accord [Nunavik]*, art. 20.6.1.1; Gouvernement du Canada, *Accord [Cris d'Eeyou Istchee]*, art. 26.6.1; Canada, 2016, *Accord définitif des Tla'amins*, ch. 14, art. 23.

³⁷ *Task Force Report on Museums and First Peoples: Turning the Page: Forging New Partnerships between Museums and First Peoples* (Ottawa : AFN et CAM, 1994).

bien-être de leur peuple jusqu'à la septième (7^e) génération »³⁸. De même, des ententes prévoient que les nations concernées peuvent intégrer la dimension spirituelle dans le cursus scolaire ou, plus largement, élaborer des contenus de formation susceptibles de préserver la culture traditionnelle. À cette fin, certaines disposent du pouvoir d'accréditer des enseignants sur la base de critères linguistiques, culturels ou spirituels³⁹. Mais il peut aussi être stipulé qu'il faut assurer une compatibilité entre les contenus locaux et les programmes éducatifs nationaux, en faisant en sorte, par exemple, « que le contenu des cours, les examens et les autres normes permettent le transfert d'étudiants d'un système scolaire à un autre et l'admission dans les institutions postsecondaires »⁴⁰. Que ces dispositions soient jugées dans l'intérêt des élèves autochtones ou non, la portée des droits reconnus demeure balisée par une nécessité d'ajustement aux exigences qu'impose la poursuite d'études postsecondaires dans les institutions d'enseignement très majoritairement non autochtones. Enfin, quelques lois ordinaires contiennent des dispositions qui garantissent explicitement aux parents et aux élèves autochtones des droits similaires aux autres citoyens en matière, par exemple, de dissidence religieuse ou d'absentéisme pour des motifs culturels⁴¹.

Sur le plan de la médecine traditionnelle, des nations autochtones disposent de droits reconnus en territoire conventionné pour offrir des services et édicter des lois ou des règlements en ce domaine, y compris en matière d'accréditation de praticiens ou de guérisseurs⁴². La loi provinciale de Colombie-Britannique autorise également des personnes autochtones à agir comme sages-femmes dans le respect des pratiques culturelles et spirituelles traditionnelles⁴³. Néanmoins, il peut être précisé qu'une telle juridiction « ne comprend pas la compétence de réglementer les produits ou substances réglementés par les lois provinciales d'application générale ou par les lois fédérales », ou encore qu'elle « ne touche pas la réglementation des professionnels de la santé ou de la médecine qui oblige ces derniers à détenir une licence ou une accréditation en vertu des lois provinciales d'application générale »⁴⁴. Ceci tend à situer le recours à la médecine traditionnelle, incluant sa dimension religieuse, dans un cadre circonscrit et ne devant pas porter préjudice au domaine de la médecine professionnelle. Parallèlement, des ententes politiques attribuent un droit de récolter des plantes à des fins médicinales sur les territoires réglementés, voire sur des terres publiques, mais sous réserve de respecter les normes de

³⁸ Gouvernement du Canada, *Entente sur l'éducation de la Nation Anishinabek* (Ottawa, 2018), points 6 et 7 du préambule.

³⁹ Gouvernement du Canada, *La Convention du Nord-Est québécois* (Ottawa, 1984), art. 11.8.2; Gouvernement du Canada, *Accord [Inuit du Labrador]*, art. 17.12.4a, 17.12.5; Gouvernement du Canada, *Accord [Nations maa-nulthes]*, art. 13.19.1; Gouvernement du Canada, *Accord [Déljñe]*, art. 18.1.1.

⁴⁰ Gouvernement du Canada, *Accord [Inuit du Labrador]*, art. 17.12.4a.

⁴¹ *Consolidation of Education Act*, S.Nu. 2008, c. 15, art. 34(3d); *Loi sur l'instruction publique pour les Autochtones cris, inuit et naskapis*, (2016) CQLR c. I-14, art. 55-72.

⁴² Gouvernement du Canada, *Accord [tjchq]*, art. 2.10.12(d); 7.4.4(c); Canada, *Accord [Westbank]*, art. 191; Gouvernement du Canada, *Accord [Inuit du Labrador]*, art. 17.13.1(h); Gouvernement du Canada, *Tsawassen*, ch. 16, art. 85.

⁴³ *Midwives Regulation*, BC Reg 281/2008, art. 4(2).

⁴⁴ Gouvernement du Canada, *Accord [Westbank]*, art. 192; Gouvernement du Canada, *Tsawassen*, ch. 16, art. 86; Gouvernement du Canada, *Accord [Inuit du Labrador]*, art. 17.13.1(h).

conservation en vigueur édictées par les gouvernements, ou sous prohibition de cueillette à des fins commerciales⁴⁵.

Dans le domaine de la justice, les services correctionnels sont tenus de répondre, sous réserve de limites raisonnables, aux besoins spirituels de l'ensemble des détenus, y compris ceux des personnes autochtones. Pour ces derniers, cela peut inclure plus spécifiquement « les services d'un chef spirituel ou d'un aîné autochtones », alors qu'il est entendu « que la spiritualité autochtone et les chefs spirituels ou aînés autochtones sont respectivement traités à égalité de statut avec toute autre religion et tout autre chef religieux », et que le Service correctionnel peut demander « conseil à un chef spirituel ou un aîné autochtone dans la prestation de services correctionnels à un détenu autochtone, en particulier pour les questions de santé mentale et de comportement »⁴⁶. Des nations autochtones ont aussi obtenu par voie d'ententes la capacité d'offrir ou de recevoir des services en matière de justice et ainsi de déterminer, dans le respect de leurs valeurs culturelles et spirituelles, les sanctions, les services de probation, les libérations conditionnelles, la réadaptation ou encore l'assistance postpénale pour les personnes condamnées⁴⁷. Les collectivités autochtones peuvent aussi contribuer à mettre en œuvre des programmes adaptés dans les établissements correctionnels, de même qu'à l'intention de délinquants redirigés dans des établissements qu'elles supervisent (pavillons de ressourcement, centres de guérison autochtones), et dans lesquels les dimensions culturelles et spirituelles peuvent être intégrées⁴⁸. Néanmoins, il demeure que ces prérogatives sont en général conditionnelles au consentement des personnes condamnées et doivent s'apparenter aux autres dispositions légales en vigueur au Canada⁴⁹.

Finalement, en matière de conditions de travail, une réglementation tenue touchant des projets de développement économique spécifiques exige de respecter les croyances, coutumes et valeurs des peuples autochtones, et de maintenir et aménager des espaces pour les besoins spirituels des travailleurs autochtones⁵⁰. Des exemptions sont parfois prévues à l'intention de personnes autochtones

⁴⁵ Gouvernement du Canada, *Entente [Gwich'in]*, art. 13.1.2(c), 14.1.1-6, 15.6.1; Gouvernement du Canada, *Accord [Inuit du Labrador]*, art. 12.4.13(f); Gouvernement du Canada, *Accord [tłı̄chq]*, art. 13.2.1(d), 14.2.1(b); Gouvernement du Canada, *Entente définitive de la Première Nation de Carcross/Tagish conclue par le Gouvernement du Canada, la Première Nation de Carcross/Tagish et le Gouvernement du Yukon* (Ottawa, 2005), art. 17.3.1.4.

⁴⁶ *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C., c. 20, 1992, art. 83(1-2); *Correctional Services and Reintegration Act*, 2018, SO 2018, c. 6, Sch 2, art. 30, 51. Quelques lois provinciales relatives aux systèmes carcéraux permettent aux personnes autochtones, dans certains cas, de fumer du foïn d'odeur, de recourir à tout matériau utilisé dans le cadre d'une cérémonie spirituelle que préside un aîné ou un agent culturel, ou d'avoir accès à des médecines ou pratiques de guérison traditionnelles : *Loi sur les mesures correctionnelles (c. C230 de la C.P.L.M.)*, *Règlement sur les établissements de correction*, Règlement 227/92, 1992, art. 62(1); *Correctional Services...*, art. 31(1-2), 57(1i).

⁴⁷ Gouvernement du Canada, *[Convention du Nord-Est]*, art. 12.7.4-5; Canada, *Accord [Délı̄nq]*, art. 17.3.4, 17.4.1; Gouvernement du Canada, *Accord [tłı̄chq]*, art. 7.4.6(c).

⁴⁸ *Loi sur le système correctionnel...*, art. 81(1)-84(1).

⁴⁹ *Ibid.*, art. 33(1f); Canada, *Accord [Délı̄nq]*, art. 17.3.4, 17.4.1.

⁵⁰ *Décret approuvant le programme de priorité d'emploi établi dans le cadre de l'accord de suivi socio-économique relatif au projet Diavik Diamonds*, R-103-99, NWT, 2004, art. 1.2.4, Annexe D, 2r.

relativement à l'interdiction de fumer sur les lieux de travail, si cela est à des fins de pratiques culturelles ou spirituelles et avec l'accord des autorités concernées⁵¹.

Ce qui précède ne vise pas à minimiser les avancées en matière de reconnaissance et de protection des droits religieux autochtones au Canada, mais d'illustrer que ces droits demeurent émiettés et étroitement circonscrits. La soixantaine de traités et d'ententes modernes sur l'autonomie gouvernementale ou sectorielle ne concerne qu'une cinquantaine de nations autochtones au pays, sur plus de six cents existantes, tandis que plusieurs des lois fédérales, provinciales et territoriales évoquées précédemment n'ont qu'une portée régionale. De plus, la majorité des nations qui bénéficient du régime de droits religieux brossé ici sont établies en régions éloignées des grands centres de peuplement (Yukon, Territoires du Nord-Ouest, Nunavut, Nord de la Colombie-Britannique et du Québec-Labrador principalement), là où ces droits risquent peu de nuire aux intérêts de la population non autochtone, du moins à brève échéance. Plus globalement enfin, ces droits spécifiques demeurent plus ou moins assujettis aux cadres normatifs fédéraux, provinciaux et territoriaux préexistants, de telle sorte que l'autonomie des nations bénéficiaires en matière de configuration et de mise en œuvre de leur cadre de vie religieux demeure balisée, dans une large mesure, par une normativité exogène alignée sur les valeurs et les intérêts de la majorité.

Les droits constitutionnels

Les Autochtones du Canada bénéficient, comme tous les autres citoyens, d'une liberté de conscience et de religion constitutionnellement protégée par la Charte canadienne des droits et libertés (art. 2a). L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* garantit également leurs droits ancestraux et issus de traités, lesquels peuvent inclure des droits de nature religieuse. Les droits ancestraux concernent soit des activités ou des pratiques qui faisaient partie intégrante du mode de vie particulier d'une collectivité autochtone avant le contact avec les colonisateurs européens, soit un droit au territoire (titre aborigène) incluant un droit d'utilisation à diverses fins, y compris pour des activités de nature religieuse. Ces droits ne sont pas absolus et doivent être prouvés sur la base de critères jurisprudentiels établis par la Cour suprême⁵². À plusieurs reprises, les Autochtones ont évoqué et défendu ces droits constitutionnels pour des motifs religieux, que ce soit dans le cadre de demandes d'injonctions interlocutoires pour empêcher ou faire cesser des activités de développement économique préjudiciables à des sites d'importance, soit pour contester des lois ou des règlements entravant la libre expression de croyances et de pratiques⁵³. Or, jusqu'ici, les succès obtenus devant les tribunaux ont été pour le moins mitigés, en dépit d'une jurisprudence plus sensible à l'égard des particularismes culturels autochtones.

⁵¹ *The Occupational Health and Safety Regulations*, 1996, c. O-1.1 Reg 1, (Saskatchewan), art. 77(3).

⁵² Voir notamment Jean Leclair et Michel Morin, « Peuples autochtones et droit constitutionnel », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit public », *Droit constitutionnel*, fasc. 15 (Montréal : LexisNexis Canada, 2017).

⁵³ Michael L. Ross, *First Nations Sacred Sites in Canada's Courts* (Vancouver : University of British-Columbia Press, 2005); Shrubsole, *What Has no Place*.

Ainsi, lorsque l'article 35 a été évoqué pour défendre le recours à des pratiques à caractère religieux, les tribunaux ont eu tendance à subordonner les droits ancestraux à d'autres droits. Quand David Thomas, un membre de la Première Nation Lyackson, en Colombie-Britannique, a été enlevé, séquestré et forcé par des membres de la Somenos Long House à se soumettre à une cérémonie d'initiation qui comprenait des mutilations, ces derniers ont été poursuivis en matière criminelle. Parmi les arguments avancés par la défense, on comptait l'évocation d'un droit ancestral de pratiquer le rituel en question. Or, dans sa décision où il reconnaissait les accusés coupables, le juge Hooden de la Cour suprême de Colombie-Britannique a non seulement souligné que le fait qu'il s'agissait d'une pratique ancestrale en vertu des critères jurisprudentiels n'avait pas été démontré, mais qu'en cas contraire, il n'aurait pas considéré pour autant cet élément de preuve. Selon lui :

[Civil rights] protect citizens from the wrongful conduct of others, including those who engage in such conduct while purporting to be exercising their religious practices or other freedoms or rights. In my opinion, conduct amounting to civil wrongs (rights from the point of view of the person wronged) should stand on the same footing as criminal conduct. If such conduct cannot be separated from the spirit dancing, and thus is an integral part of it, then in my opinion spirit dancing is not an aboriginal right recognized or protected by the law.⁵⁴

While the plaintiff may have special rights and status in Canada as an Indian, the "original" rights and freedoms he enjoys can be no less than those enjoyed by fellow citizens, Indian and non-Indian alike. He lives in a free society and his rights are inviolable. He is free to believe in, and to practice, any religion or tradition, if he chooses to do so. He cannot be coerced or forced to participate in one by any group purporting to exercise their collective rights in doing so. His freedoms and rights are not "subject to the collective rights of the aboriginal nation to which he belongs."⁵⁵

Peu importe l'appréciation que l'on réserve à la décision du juge, ce qu'il convient avant tout de retenir ici est que des croyances et des pratiques à caractère religieux, et considérées en tant que droits ancestraux par des Autochtones, sont susceptibles d'être reconnues à ce titre par les tribunaux dans la mesure où elles s'avèrent compatibles avec un cadre normatif et ses valeurs à la base exogènes aux collectivités autochtones. Sans ignorer, bien sûr, que des personnes autochtones puissent adhérer et se référer à ces mêmes valeurs⁵⁶.

Plus récemment, la décision *Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.* a fait écho à cette réalité. Celle-ci concernait le cas d'une mère autochtone ayant mis fin au traitement de chimiothérapie de sa fille leucémique de onze ans pour s'en remettre à la médecine traditionnelle, dans le sillon d'une adhésion à la tradition Longhouse⁵⁷.

⁵⁴ *Thomas v. Norris*, [1992], 2 C.N.L.R. (B.C.S.C.). p. 40.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 52.

⁵⁶ Ghislain Otis, « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte Canadienne? », *Revue de droit d'Ottawa* 36, n° 2 (2004) : 218-24.

⁵⁷ La tradition Longhouse est associée à un mouvement fondé en 1799 par le prophète Handsome Lake et s'articule autour d'une philosophie combinant des éléments de la culture iroquoise et du

Le conseil de bande, appelé comme intervenant dans la cause, évoquait alors un droit ancestral en ce sens, en réponse aux démarches d'un établissement hospitalier qui demandait au tribunal de forcer la reprise des traitements. Au terme des audiences, le juge a considéré que la preuve permettait d'établir l'existence d'un droit ancestral et statué en faveur de la mère, en plus de souligner dans sa décision que « *such [an aboriginal] right cannot be qualified as a right only if it is proven to work by employing the western medical paradigm. To do so would be to leave open the opportunity to perpetually erode aboriginal rights* »⁵⁸. Toutefois, le juge a par la suite accepté d'amender son jugement, dans le sillon d'une entente intervenue entre les parties quant à un recours conjoint à la chimiothérapie et à la médecine traditionnelle, pour préciser que le droit ancestral en question ne constituait qu'un élément parmi d'autres dans l'analyse d'une telle situation et que l'intérêt primordial de l'enfant devait ultimement prévaloir :

*But, implicit in this decision is that recognition and implementation of the right to use traditional medicines must remain consistent with the principle that the best interests of the child remain paramount. The aboriginal right to use traditional medicine must be respected, and must be considered, among other factors, in any analysis of the best interests of the child, and whether the child is in need of protection. Taking into account the aboriginal right, and the constitutional objective of reconciliation and considering carefully the facts of this case, I concluded that this child was not in need of protection.*⁵⁹

Cet amendement laisse ainsi ouverte la possibilité qu'une partie non autochtone soit en mesure d'imposer sa propre appréciation du bien de l'enfant, ne serait-ce qu'en conformité avec les lois étatiques et les conventions internationales, et qu'ainsi le meilleur intérêt d'un enfant autochtone soit déterminé en fonction de valeurs et de critères différents de ceux culturellement et religieusement privilégiés par sa communauté d'appartenance. À nouveau, l'objectif ici n'est pas de critiquer le point de vue de la cour ou de promouvoir des droits absolus pour les Autochtones, mais d'attirer l'attention sur le fait que la reconnaissance de droits ancestraux à caractère religieux semble jusqu'ici devoir passer, en premier lieu, un test de compatibilité avec les valeurs normatives de la majorité. Comme une façon d'éviter l'implantation d'un régime de droit autochtone véritablement distinct⁶⁰.

Des obstacles se dressent aussi lorsqu'il s'agit, pour les Autochtones, de recourir à la garantie constitutionnelle de leur liberté de conscience et de religion. Les quelques jugements rendus en cette matière tendent à montrer, d'une part, que la

christianisme : Anthony F. Wallace, *The Death and Rebirth of the Seneca* (New York : Alfred A. Knopf, 1972); Elisabeth Tooker, « On the Development of the Handsome Lake Religion », *Proceedings of the American Philosophical Society* 133, n° 1 (1989) : 35-50.

⁵⁸ *Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*, 2014 ONCJ 603, [81].

⁵⁹ *Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*, 2015 ONCJ 229, [83a].

⁶⁰ En matière de droits issus de traités, il convient de rappeler que dans *R. c. Sioui*, des Hurons accusés d'avoir illégalement coupé des arbres, campé et fait des feux dans un parc provincial, dans le cadre de coutumes ancestrales de nature religieuse, ont été acquittés en Cour suprême après avoir évoqué un droit de cette nature. Toutefois, l'essentiel du débat juridique dans cette cause a porté non pas sur la pratique religieuse en tant que telle, mais sur la reconnaissance, à titre de traité, du principal document historique en appui à leur revendication, de même que sur sa portée juridique : [1990] 1 R.C.S. 1025.

dimension religieuse évoquée en preuve ne correspond pas forcément, dans son format ethnographique, aux canons du discours jurisprudentiel qui tend à attribuer à la religion un caractère individualisé, volontaire et privé⁶¹. D'autre part, tout en privilégiant une distinction entre les croyances et pratiques qui relèvent du domaine religieux et celles qui relèvent du domaine séculier, les magistrats tendent à séparer le droit fondamental à la liberté de religion de ses formes potentielles d'expression. Ainsi, dans *Jack et Charlie c. La Reine* où des Salish se voyaient accusés d'avoir chassé illégalement le cerf en vue de tenir un rituel consistant à brûler de la viande crue au bénéfice d'un ancêtre, la Cour suprême a distingué l'acte séculier de chasser illégal en vertu de la loi provinciale, et la tenue du rituel elle-même exempte de contraintes, pour conclure que la liberté de religion et la religion des Autochtones elle-même n'étaient pas entravées par la loi⁶². En guise d'analogie, les juges soulignaient qu'« Aucun ecclésiastique ne pourrait opposer une défense fondée sur la liberté de religion à une inculpation d'obtention illégale de vin, après la fermeture des points de vente d'alcool, simplement parce que le vin était destiné à servir au sacrement de la Sainte Communion. »⁶³ Or, une telle perspective a pour effet d'ignorer non seulement la dimension holiste du rituel qui relie intrinsèquement l'acte de chasse et l'acte cérémoniel, mais le contexte culturel plus large dans lequel s'inscrit cette pratique : « *What the court in Jack and Charlie failed to appreciate is that the sui generis content of Aboriginal rights encompasses more than the specific practice itself. The killing of the deer has consequence beyond its "fact" as an isolated Aboriginal practice; it has significance as a Salish legal exigency, and as an event related to the cultural survival of the group* ». ⁶⁴

Notons que cette décision portait sur une infraction commise quelques années avant l'enchâssement de la Charte des droits et libertés dans la loi constitutionnelle, à une époque où les tribunaux tendaient encore à considérer que la liberté de religion devait être exercée en conformité avec les lois d'application générale⁶⁵. Or, à la lumière de la récente décision *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique*, il est permis de douter qu'une perspective différente aurait prévalu s'il s'était agi d'une cause post-charte.

Dans la cause *Ktunaxa*, où une Première Nation souhaitait freiner un projet de développement récréatif susceptible de chasser l'esprit de l'Ours Grizzly résidant sur la montagne concernée, la Cour suprême a statué que, contrairement aux prétentions des demandeurs, leur liberté de religion n'était pas brimée puisque le projet de développement ne nuisait pas à leur capacité d'avoir et de manifester leur croyance religieuse. Les juges majoritaires étaient d'avis que :

⁶¹ Benjamin L. Berger, « Law's Religion : Rendering Culture », dans *Law and Religious Pluralism in Canada*, dir. Richard Moon (Vancouver : UBC Press, 2017), 264-96; M. H. Ogilvie, « The Meaning of "Religion" and the Role of the Courts in the Adjudication of Religious Matters: An English and Canadian Comparison », *Canadian Bar Review* 93 (2015) : 319.

⁶² *Jack et Charlie c. La Reine* [1985] 2 S.C.R., 332, p. 345-346.

⁶³ *Ibid.*, p. 345.

⁶⁴ John Borrows et Leonard I. Rotman, « The *Sui Generis* Nature of Aboriginal Rights: Does it Make a Difference », *Alberta Law Review* 9 (1997) : 43.

⁶⁵ David M. Brown, « Freedom From or Freedom For? Religion as a Case Study in Defining the Content of Charter Rights », *University of British Columbia Law Review* 33 (2000) : 559.

Les *Ktunaxa* [devaient] démontrer que la décision du Ministre d'approuver l'aménagement porte atteinte soit à leur liberté de croire en l'Esprit de l'Ours Grizzly, soit à leur liberté de manifester cette croyance. Or, la décision ne porte atteinte à aucune de ces libertés. La présente affaire ne porte ni sur la liberté d'avoir une croyance religieuse ni sur celle de manifester cette croyance, mais plutôt sur l'allégation que l'al. 2a) de la Charte assure la présence de l'Esprit de l'Ours Grizzly dans le *Qat'muk*. Par cette allégation inédite, on invite la Cour à étendre l'al. 2a) au-delà de ce que reconnaît le droit canadien.

Nous sommes d'avis de décliner cette invitation. L'obligation imposée à l'État par l'al. 2a) ne consiste pas à protéger l'objet des croyances, comme l'Esprit de l'Ours Grizzly. Il incombe plutôt à l'État de protéger la liberté de toute personne d'avoir pareilles croyances et de les manifester par le culte et la pratique ou par l'enseignement et la propagation. Bref, la Charte protège la liberté de culte, mais non le point de mire spirituel du culte. [...] en l'espèce, les appelants ne réclament pas la protection de la liberté de croire en l'Esprit de l'Ours Grizzly ou de s'adonner à des pratiques connexes. Ils sollicitent plutôt la protection de l'Esprit de l'Ours Grizzly lui-même et du sens spirituel subjectif qu'ils en dégagent. Cette revendication déborde le cadre de l'al. 2a).⁶⁶

Une décennie avant ce jugement, la Cour suprême de Colombie-Britannique avait statué, d'une façon similaire, que le concept sacré de responsabilité (*stewardship*) à l'égard d'un lieu de culte autochtone – d'autant qu'il n'était pas fréquenté physiquement – ne pouvait faire l'objet d'une protection en vertu de l'article 2a de la charte⁶⁷. Dissident dans la décision *Ktunaxa*, le juge Moldaver a souligné dans quelle mesure ce type de perspective ignore certains particularismes fondamentaux des systèmes de croyances autochtones :

Le lien au monde concret, particulièrement à la terre, est un élément primordial des religions autochtones. [...] Dans de nombreuses religions autochtones, la terre est non seulement le lieu où s'exercent des pratiques spirituelles au même titre que peut l'être une église, une mosquée ou un lieu saint; la terre peut elle-même être sacrée, en ce sens que c'est là que l'être divin se manifeste. Du point de vue des religions autochtones, une mesure étatique qui touche la terre peut donc rompre le lien avec l'être divin, ce qui priverait les croyances et pratiques de leur signification spirituelle. La mesure étatique qui a cet effet sur une religion autochtone nuit à la capacité d'un croyant de se conformer à ses croyances et pratiques religieuses.⁶⁸

De même, lorsque s'ajoute à ces limites en matière d'appréciation des différences culturelles autochtones la prédominance du paradigme de mise en balance raisonnable des inconvénients qui oriente les tribunaux dans leurs prises de décision, l'on comprend que les particularismes des systèmes de croyances et de pratiques

⁶⁶ *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [70-71].

⁶⁷ *Cameron v. Ministry of Energy and Mines*, [1998] CanLII 6834 (BCSC).

⁶⁸ *Ktunaxa*, [127]. Le juge soulignait également que l'interprétation de la portée de l'article 2a faite par ses collègues majoritaires « risque aussi d'exclure des revendications territoriales autochtones fondées sur la liberté de religion de la protection accordée par l'al. 2a) », [131].

religieuses des peuples autochtones peinent encore à constituer une assise déterminante pour la reconnaissance de droits spécifiques.

Conclusion

Dans son récent rapport d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics au Québec, le commissaire Viens constatait que : « ...la reconnaissance accordée aux peuples autochtones n'a que difficilement dépassé le stade symbolique. Elle passe le plus souvent – encore aujourd'hui – par des actions morcelées et variables selon les époques, les partis au pouvoir, le statut des nations (conventionnées ou non), voire l'actualité et le niveau de sensibilité de l'opinion publique aux questions autochtones ». ⁶⁹

Le traitement que l'État canadien réserve aux droits religieux de ces peuples s'inscrit dans cette mouvance. Si les religions autochtones souvent qualifiées de « traditionnelles » sont désormais largement considérées, voire valorisées, au Canada en tant que systèmes de croyances et de pratiques tout aussi respectables que les autres grandes traditions religieuses, la reconnaissance que leur attribue l'État n'en demeure pas moins ancrée dans une posture coloniale. Certes, sur le plan symbolique, les gouvernements sont désormais disposés à promouvoir ces religions, jusqu'à prendre des libertés envers les principes constitutifs du régime de laïcité. Cependant, lorsque cette reconnaissance doit revêtir une forme légale, ou lorsqu'elle pourrait être chargée d'une portée jurisprudentielle, un souci de circonscrire les droits religieux autochtones en les subordonnant aux dispositions et aux valeurs du droit commun établi par la majorité tend à s'imposer. De même, dans une perspective d'autodétermination, le contrôle exercé par les collectivités autochtones sur leur sphère religieuse présente encore des limites significatives, d'autant que l'on demeure, pour l'essentiel, dans une dynamique de délégation de pouvoirs ou de privilèges, et non d'intégration des normativités, valeurs et visions du monde autochtones dans le cadre normatif canadien. Néanmoins, les propos des juges dissidents dans *Ktunaxa*, tout comme la perspective adoptée par la juge Hennessy dans la récente décision *Restoule* laissent croire qu'un retournement de tendance sur ce plan n'est peut-être pas si loin ⁷⁰.

Claude Gélinas

Professeur titulaire, Département de philosophie et d'éthique appliquée,
Université de Sherbrooke

claude.gelinas@usherbrooke.ca

⁶⁹ Gouvernement du Québec, *Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics : écoute, réconciliation et progrès : rapport final* (Québec : Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics, 2019), 233.

⁷⁰ *Restoule v. Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 7701.