



Les lieux sacrés autochtones au regard du droit à la liberté de  
religion : une protection est-elle possible ?

Etude de l'arrêt *Ktunaxa Nation c. Colombie Britannique* de la Cour suprême du  
Canada (02 novembre 2017)

Mémoire réalisé par  
**Isis Zellit**

Promoteur(s)  
**Louis-Leon Christians**

Année académique 2017-2018  
**Master en droit**





Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.\*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

\* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

« Jamais nous n'arrêterons d'explorer, et la fin de toutes nos explorations sera d'arriver à notre point de départ et de connaître ce point pour la première fois ».

T.S. Eliot



# Remerciements

Je remercie mon promoteur Louis-Léon Christians, pour m'avoir guidé et conseillé à bon escient concernant le sujet de ce mémoire. Cela m'a permis de tracer un chemin intellectuel dans une voie encore peu explorée jusqu'à présent.

Je remercie le professeur Marc Verdussen, pour sa passion communicative du droit constitutionnel. Il m'aura inculqué que la défense de l'humain peut prendre bien des formes. Ainsi que le professeur Marie-Claire Foblets pour avoir éveillé ma curiosité à l'anthropologie juridique.

Je remercie aussi le professeur Elizabeth Aletta Steyn, chargée de cours à l'Université de Montréal pour le partage de ses connaissances et de m'avoir permis de consulter sa thèse en lien avec mon sujet de mémoire.

Merci à ma famille, leur soutien inébranlable m'aura permis d'être celle que je suis aujourd'hui. Nos débats interminables sont à la source de ce mémoire.

Merci à Hélène, de m'avoir appris à aimer les petits plaisirs de la vie. Et à Antoine, pour sa patience infinie.

Enfin, je remercie les peuples autochtones d'exister et leur engagement envers la nature. Puissent leur détermination et leurs efforts se renforcer. Leurs mythes, cultures et traditions, perdurer.

Que leurs croyances et visions du monde continuent de nous bousculer comme ils m'ont bousculé...

# Table des matières

<b>Remerciements</b> .....	<b>IV</b>
<b>Table des matières</b> .....	<b>V</b>
<b>Introduction</b> .....	<b>1</b>
<b>PARTIE I. Les lieux sacrés autochtones et leur protection en droit international</b> .....	<b>4</b>
<b>CHAPITRE 1 . Les lieux sacrés dans les spiritualités autochtones</b> .....	<b>4</b>
<i>Section 1. Que faut-il entendre par « lieux sacrés » ?</i> .....	<i>5</i>
<i>Section 2. Une Terre Mère</i> .....	<i>6</i>
<i>Section 3. Les particularités des lieux sacrés autochtones</i> .....	<i>7</i>
§1. Un cycle continue .....	<i>7</i>
a). De la naissance .....	<i>7</i>
b). À la mort .....	<i>8</i>
§2. Sources de plantes médicinales et demeures d’animaux sacrés .....	<i>9</i>
a). Sources de plantes médicinales .....	<i>9</i>
b). Demeures d’animaux sacrés .....	<i>10</i>
§3. Gardiens de la terre .....	<i>10</i>
<b>CHAPITRE 2. La protection des lieux sacrés autochtones à l'échelle internationale</b> .....	<b>13</b>
<i>Section 1. La Charte internationale des droits de l’homme et autres traités onusiens</i> ..	<i>13</i>
§1. La Déclaration universelle des droits de l’homme .....	<i>13</i>
§2. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques .....	<i>14</i>
§3. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels .....	<i>15</i>
§4. La Convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale .....	<i>15</i>
§5. La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones .....	<i>16</i>
<i>Section 2. Les Rapporteurs Spéciaux des Nations Unies</i> .....	<i>17</i>
<i>Section 3. Les cours et commissions régionales</i> .....	<i>19</i>
§1. Les cours régionales .....	<i>19</i>
a). La Cour interaméricaine des droits de l’homme .....	<i>19</i>
§ 2. Les Commissions régionales .....	<i>23</i>
a). La Commission interaméricaine des droits de l’homme .....	<i>23</i>
b). La Commission africaine des droits de l’homme et des peuples .....	<i>24</i>
<i>Section 4. Les instruments de soft law</i> .....	<i>25</i>

§1. La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones .....	25
§2. Les lignes directrices Akwé : kon .....	26
<b>PARTIE 2. Zoom sur le contexte canadien et l'étude de l'arrêt</b>	
<b>Ktunaxa Nation.....</b>	<b>27</b>
<b>CHAPITRE 3. Le contexte du Canada .....</b>	<b>27</b>
<i>Section 1. Les peuples autochtones du Canada et la religion: quelle histoire ? .....</i>	<i>27</i>
§1. Une histoire d'intolérance et de persécution religieuse .....	27
a). À travers l'adoption de lois .....	28
b). Au travers des « pensionnats ».....	29
§2. Un début de réconciliation .....	30
<i>Section 2. La Liberté de religion constitutionnelle aux termes de la Charte canadienne</i>	
<i>des droits et libertés .....</i>	<i>31</i>
§1. Portée du droit à la liberté de religion et ses éléments constitutifs .....	31
a). Portée du droit à la liberté de religion.....	32
b). Les éléments constitutifs .....	32
§2. Cadre d'analyse du droit à la liberté de religion .....	34
a). La nature des croyances protégées.....	34
b). La nature de l'entrave à la liberté de religion.....	35
§3. Les limites du droit à la liberté de religion .....	36
§4. Le droit aux accommodements raisonnables .....	37
§5. Revendications autochtones canadiennes basées sur la liberté de religion .....	38
a). L'affaire Jack and Charlie.....	39
b). L'affaire Cameron v Ministry of Energy And Mines.....	40
a). Un droit essentiellement individuel .....	41
b). Fondé sur l'autonomie et le choix.....	42
c). Circonscrit au domaine privé.....	42
<b>CHAPITRE 4. L'arrêt de la Cour suprême canadienne Ktunaxa Nation c.</b>	
<b>Colombie britannique (02 novembre 2017) .....</b>	<b>44</b>
<i>Section 1. Les faits .....</i>	<i>45</i>
<i>Section 2. Historique des décisions .....</i>	<i>46</i>
<i>Section 3. Questions en litige .....</i>	<i>48</i>
<i>Section 4. Analyse de la question (A) : la décision du Ministre a-t-elle violé la liberté</i>	
<i>de conscience et de religion des Ktunaxa ? .....</i>	<i>48</i>
§1. La prétention des requérants .....	48
§2. La portée de la liberté de religion .....	49

§3. Application en l'espèce .....	49
§4. Conclusion .....	51
<i>Section 5. Opinions partiellement dissidentes des juges Moldaver et Côté:</i> .....	51
§1. Analyse de l'article 2a) de la Charte .....	52
a). La portée de l'article 2a).....	52
b). la capacité de se conformer à une croyance ou pratique religieuse .....	52
§2. Une mise en balance proportionnée des droits en présence .....	53
<i>Section 6. Analyse critique : un rendez-vous manqué vers la réconciliation ?</i> .....	54
a). Le « point de mire spirituel du culte ».....	54
a). « A failure of imagination ».....	57
c) Et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones ? .....	58
<b>Partie 3. Pistes de réflexion .....</b>	<b>59</b>
<b>Chapitre 5. Tendances récentes pouvant permettre une plus grande protection des sites sacrés autochtones .....</b>	<b>59</b>
<i>Section 1. L'exemple néo-zélandais : le fleuve Whanganui</i> .....	60
<i>Section 2. L'exemple indien : le Gange et la Yamuna</i> .....	62
<i>Section 3. La consécration des cosmovisions autochtones dans les constitutions boliviennes et équatoriennes</i> .....	64
<b>Conclusion .....</b>	<b>66</b>
<b>Bibliographie : .....</b>	<b>70</b>

# Introduction

Si la lutte des peuples autochtones<sup>1</sup> de par le monde, pour préserver leur culture, leur mode de vie, leurs territoires, fait depuis quelques années déjà l'objet d'une littérature abondante et a amené plusieurs cours et tribunaux régionaux à rendre des décisions importantes en la matière, la protection accordée précisément aux lieux sacrés autochtones reste, pour le moment, plus rarement abordée, et encore moins lorsqu'il s'agit de la mettre en lien avec la liberté de religion.

D'ailleurs n'est-ce pas quelque peu déroutant : réclamer la protection d'un lieu, d'un espace géographiquement déterminé ou du moins déterminable - et ce grâce à un droit reconnu aux êtres humains ? La liberté de religion et de conscience peut-elle et a-t-elle déjà servi de protection aux peuples autochtones dans leur relation si spéciale avec la Terre ?

Cette question, la Cour suprême du Canada a tenté d'y répondre fin 2017 dans son arrêt tant attendu *Ktunaxa Nation c. Colombie Britannique*. Comme nous le verrons, dans cette affaire, le peuple Ktunaxa tentait d'empêcher la construction d'une station de ski sur une montagne abritant un des esprits les plus importants de leur cosmologie, celui de l'Ours Grizzly. Pour la Cour, cette affaire représentait une occasion de développer pour la première fois une jurisprudence concernant les lieux sacrés autochtones au regard de la liberté de religion. Cet arrêt marque donc un tournant majeur, pour les peuples autochtones mais aussi, plus largement, pour la liberté de religion et ses développements dans une société démocratique.

---

<sup>1</sup> Malgré l'absence d'une définition stricte, largement reconnue en droit international, des critères existent permettant de définir les peuples autochtones. Il y a tout d'abord, le critère subjectif de l'auto-identification qui se montre pertinent. La possibilité de se reconnaître dans la définition est ainsi laissée à l'appréciation de chaque peuple. Ensuite, viennent s'ajouter les critères proposés par José Martínez Cobo parmi lesquels: Une continuité historique avec les sociétés précoloniales ou antérieures aux invasions sur leur territoire; Une distinction par rapport au reste de la population; l'absence de domination ; et la détermination à préserver, développer et transmettre aux générations futures leurs territoires ancestraux et leur identité ethnique conformément à leurs propres cultures, institutions sociales et juridiques. (J. R., MARTINEZ COBO, *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, New York, United Nations, 1987, Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add. 4, UN Sales No. E.86.XIV.3, Vol. V, §§ 379-382) ; Le terme « autochtone » est préféré au terme « indigène », qui a une connotation plus péjorative en français (R. L., PUALANI, B., COLLIGNON et I., HIRT, « Indigenous Peoples and Spatial Justice. An Interview with Renee Louis Pualani », *justice spatiale | spatial justice*, n° 11, mars 2017, disponible sur <http://www.jssj.org>).

Avant de plonger au coeur de cette affaire, nous tenterons d'expliquer l'importance des lieux sacrés pour les peuples autochtones ainsi que la protection potentielle pouvant leur être accordée sur la scène internationale ; cela constituera la première partie de ce travail de recherche.

Appréhender une ontologie aussi différente de la nôtre reste un exercice périlleux mais nécessaire si on désire éviter le piège de l'anthropocentrisme. Notre premier chapitre tentera dès lors de comprendre les lieux sacrés tels que les peuples autochtones les voient.

Ensuite, dans notre deuxième chapitre, nous prendrons de la hauteur et aborderons notre problématique d'un point de vue international. Nous explorerons à travers les différents instruments internationaux, coercitifs et de soft law, la protection accordée aux peuples autochtones au regard de leurs lieux sacrés et de la liberté de religion. Nous mettrons aussi en lumière les arrêts majeurs rendus en la matière par les cours régionales, notamment la Cour interaméricaine ayant adossé le rôle de chef de file à de nombreuses reprises.

Dans notre deuxième partie, nous observerons de plus près le contexte particulier du Canada ainsi que l'arrêt *Ktunaxa Nation c. Colombie Britannique*.

Avant d'aborder l'affaire *Ktunaxa Nation*, un point explicatif sur l'histoire des persécutions religieuses des peuples autochtones, ainsi que sur le processus de réconciliation qui sera établi dans le chapitre 3. Comme nous le verrons, cela rend en effet le contexte juridique canadien particulier et emporte un devoir d'interpréter les droits des peuples autochtones d'une manière qui ne perpétue pas cette oppression historique et contemporaine<sup>2</sup>. Dans ce chapitre, nous analyserons aussi la liberté de religion telle que circonscrite dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Nous nous pencherons sur sa portée, ses éléments constitutifs, son cadre d'analyse, ainsi que sur ses développements jurisprudentiels et doctrinaux pertinents pour le débat qui nous occupe.

---

<sup>2</sup> K., MITCHELL, « Why we're supporting the fight to recognize equal religious rights for Indigenous peoples », disponible sur <https://www.ecojustice.ca/supporting-fight-recognize-equal-religious-rights-indigenous-peoples/>, 10 novembre 2017.

Le chapitre 4 sera exclusivement destiné à l'examen de l'arrêt *Ktunaxa Nation c. Colombie Britannique*. Bien que le peuple Kutnaxa divise sa défense sur deux axes ; l'article 2(a) de la *Charte canadienne des droits et libertés de 1982* et l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, nous nous concentrerons sur l'analyse accordée à l'article 2(a), relatif à la liberté de religion.

La troisième et dernière partie de ce mémoire mettra en lumière quelques pistes de réflexion.

Au travers du chapitre 5, nous aborderons les tendances récentes qui pourraient peut-être permettre une plus grande protection des sites sacrés autochtones. Différentes initiatives nationales relatives à la protection des lieux sacrés et au droit de la Nature émergeant de par le monde seront mises en lumière. Bien que ces initiatives s'éloignent du droit à la liberté de religion, elles pourraient constituer de précieux alliés pour les peuples autochtones dans leur protection de leurs lieux sacrés, de leurs croyances et pratiques spirituelles. Ainsi, l'esprit de l'Ours Grizzly, si obligé soit-il de prendre la porte, pourrait peut-être bien trouver une manière de revenir par la fenêtre...

Nous terminerons par une conclusion dans laquelle nous relaterons de manière structurée les résultats de ce travail de recherche. Nous reviendrons de manière concise sur la question principale de ce travail, à savoir si la liberté de religion peut permettre de sauver l'Esprit de l'Ours Grizzly mais aussi plus largement, ceux peuplant tous les lieux sacrés de la planète.

# PARTIE I. Les lieux sacrés autochtones et leur protection en droit international

---

## CHAPITRE 1 . Les lieux sacrés dans les spiritualités autochtones

« I don't want to call it a sacred site because your idea of something sacred and my idea of something sacred are a little bit different »<sup>3</sup>.

Grand Bulltail, 2003

Tel que nous l'avions annoncé dans l'introduction, avant de nous plonger dans une analyse juridique en tant que telle, nous avons fait le choix de faire un détour du côté des ontologies autochtones. Si tenter de comprendre les lieux sacrés tels que les peuples autochtones les voient, les vivent, est un exercice complexe, périlleux, au regard du rôle multidimensionnel joué par le territoire dans leur spiritualité<sup>4</sup>, il semble néanmoins nécessaire afin de pouvoir saisir la pleine mesure de la problématique.

Une multitude de lieux sacrés parsèment la planète : la Mecque, Jérusalem, pour citer les plus connus, mais aussi plus simplement les églises, les mosquées, les synagogues. Les traditions spirituelles autochtones, faisant partie de la famille des religions humaines, n'échappent ainsi pas à l'importance accordée à certains lieux, certains espaces<sup>5</sup>.

Néanmoins, la différence fondamentale réside dans le fait que, concernant les lieux sacrés autochtones, ce « sacré » est bien souvent la nature elle-même. Comme l'exprime le célèbre chercheur autochtone Leroy Little Bear, « The Earth cannot be separated from the actual being of Indians. The Earth is where the continuous and/or repetitive process of creation occurs »<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> M. L., KELLER, « Indigenous Studies and The 'Sacred' », *American Indian Quarterly*, vol 38, n°1, 2014, p.1.

<sup>4</sup> N., BAKHT et L., COLLINS, «The Earth is Our Mother»: Freedom of Religion and the Preservation of Indigenous Sacred Sites in Canada », *McGill Law Journal*, vol. 62, n°3, 2017, pp. 777-812.

<sup>5</sup> B., NEIHART, « Awas Tingni v. Nicaragua Reconsidered : Grounding Indigenous Peoples' Land Rights in Religious Freedom », *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 42, 2013, p. 92.

<sup>6</sup> L., LITTLE BEAR, « Jagged Worldviews Colliding », *Reclaiming Indigenous Voice and Vision* , M. BATTISTE (dir.), Vancouver, UBC Press, 2000, p.78.

Dans le cadre de cette recherche, nous avons choisi de nous concentrer sur des témoignages et ouvrages relatifs à l'ontologie autochtone d'Amérique du nord. Bien que les traits et caractéristiques que nous développons se retrouvent dans beaucoup de communautés autochtones du monde entier, il est primordial de ne pas les relativiser, même dans le contexte isolé du Canada. Comme le remarque l'anthropologue américain Josep Epes Brown à l'égard des communautés amérindiennes : « To ignore such diversity of origin, place, and resulting cultural forms, as is often done under a plethora of stereotypes, is to do great disservice to the [...] Indian peoples and their history »<sup>7</sup>.

## **Section 1. Que faut-il entendre par « lieux sacrés » ?**

Bien que de nombreux auteurs ont déjà écrit sur le sujet, il n'existe pas réellement de définition unanime à l'heure actuelle<sup>8</sup>. Dans le cadre ce travail, nous avons choisi de retenir la définition proposée par l'*Union internationale pour la conservation de la nature*. Les lieux sacrés pouvant être définis comme des « lieux d'importance spirituelle significative pour des peuples ou des communautés »<sup>9</sup>.

Avant d'expliquer plus précisément les raisons pour lesquelles un site autochtone peut se révéler sacré, il convient tout d'abord de souligner le rapport éminemment spécial que les peuples autochtones entretiennent avec la Terre. La philosophie autochtone étant profondément enracinée dans des valeurs de « globalité », d'unicité et d'interdépendance<sup>10</sup>, cela a son incidence sur la compréhension de la notion de « lieu sacré ».

---

<sup>7</sup> J.E., BROWN, « The Spiritual Legacy of the American Indian », New York, Crossroad Publishing, 1982, p. xi.

<sup>8</sup> E. A., STEYN, *At the Intersection of Tangible and Intangible: Constructing a Framework for the Protection of Indigenous Sacred Sites in the Pursuit of Natural Resource Development Projects*, Thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Montréal, Septembre 2017, p. 22.

<sup>9</sup> R., WILD, et C., MCLEOD, *Sites naturels sacrés : Lignes directrices pour les gestionnaires d'aires protégées*, Gland (Suisse), UICN, 2012, p. 7.

<sup>10</sup> L., LITTLE BEAR, « Jagged Worldviews Colliding », *Reclaiming Indigenous Voice and Vision*, M. BATTISTE (dir.), Vancouver, UBC Press, 2000, p. 78.

## Section 2. Une Terre Mère

Pour de nombreux peuples autochtones, le territoire, dans sa globalité, est regardé et ressenti comme un parent<sup>11</sup>. Plusieurs appellations (« Mother Earth » ou «Pacha Mama»<sup>12</sup>) existent parmi les peuples autochtones pour exprimer le lien si spécial qui les unit à la Terre. Ce n'est pas une spécificité nord-américaine, bien au contraire, un lien semblable avec le territoire existe chez des autochtones d'autres régions du monde, y compris en Amérique latine<sup>13</sup> et en Afrique<sup>14</sup>.

C'est ainsi que le préambule de la Déclaration universelle des droits de la Terre-Mère (2010) qui réunit tous les peuples autochtones du monde, déclare : « Considérant que nous faisons tous partie de la **Terre mère**, communauté de vie indivisible composée d'êtres interdépendants et intimement liés entre eux par un destin commun »<sup>15</sup>.

La Terre Mère est donc un être qu'il faut traiter avec le plus grand des respects, tout comme le lien qui nous unit à elle. Un équilibre peut dès lors se créer, essentiel, selon les conceptions autochtones pour un monde juste et pacifique<sup>16</sup>.

Ce lien à la terre est bien plus spirituel<sup>17</sup> qu'économique. La terre ne peut être possédée ou échangée<sup>18</sup>. Les peuples autochtones n'ont pas vocation à utiliser les ressources de la Terre de

---

<sup>11</sup> L.J., LORENZO, « Spatial Justice and Indigenous Peoples' Protection of Sacred Places: Adding Indigenous Dimensions to the Conversation », *justice spatiale | spatial justice*, n° 11, mars 2017, disponible sur <http://www.jssj.org>

<sup>12</sup> J., WEAVER, *Defending Mother Earth : Native American Perspectives on Environmental Justice*, New-York, Orbis Books, 1996, p. 9 ; L. A., WHITT, M., ROBERTS, N., WAERETE & V., GRIEVES, « Belonging to Land: Indigenous Knowledge Systems and the Natural World », *Oklahoma City University law review*, vol. 26, 2001, p. 708.

<sup>13</sup> B., NEIHART, *op. cit.*, p. 80.

<sup>14</sup> O., DISMAS NDAYAMBAJE, « La Contribution de la Reconnaissance des Droits des Peuples Autochtones a la Protection de l'Environnement à la Lumière de l'Affaire Endorois c. Kenya », *Revue québécoise de droit international*, vol.29, n°2, 2016, pp.173-190.

<sup>15</sup> Préambule de la Déclaration universelle des droits de la Terre-Mère du 27 avril 2010, non souligné dans le texte.

<sup>16</sup> L. J., LORENZO, *op. cit.*, disponible sur <http://www.jssj.org>

<sup>17</sup> D., NEWMAN, E., RUOZZI, et S., KIRCHNER, « Legal Protection of Sacred Natural Sites Within Human Rights Jurisprudence : Sápmi and Beyond », *Experiencing and Protecting Sacred Natural Sites of Sámi and other Indigenous Peoples*, L. HEINÄMÄKI, T. M. HERRMAN (dir.), Cham (Suisse), Springer Polar Sciences, 2017, pp. 11- 26.

<sup>18</sup> L.A., WHITT, M., ROBERTS, N., WAERETE & V., GRIEVES, « Belonging to Land: Indigenous Knowledge Systems and the Natural World », *Oklahoma City University law review*, vol. 26, 2001, p. 713.

manière frénétique et destructrice, mais bien plus à chercher à vivre en harmonie avec elle, les animaux, les plantes et les esprits qui l'habitent<sup>19</sup>.

Cette connexion spirituelle, si précieuse aux peuples autochtones, engendre différentes conséquences, entre autres, citons, un sentiment très fort d'appartenance au territoire qui emporte un devoir de connaître cette Terre afin de pouvoir en prendre soin. Des valeurs sont transmises telles que le devoir de respecter les êtres qui l'abritent dans une relation de réciprocité mais aussi d'honorer et réaffirmer cette interdépendance au travers de rites et rituels <sup>20</sup>.

Nous pouvons d'ores et déjà apercevoir et comprendre à quel point ce lien à la Terre infiltre tous les coins et recoins de la vie quotidienne, culturelle et spirituelle des peuples autochtones.

### **Section 3. Les particularités des lieux sacrés autochtones**

Au lieu de mettre en lumière les différentes tentatives de définitions doctrinales et légales qu'on peut notamment retrouver aux États-Unis<sup>21</sup> ou en Australie<sup>22</sup>, nous avons fait le choix d'appréhender les lieux sacrés en évoquant les caractéristiques que ceux-ci peuvent renfermer pour les peuples autochtones. Des lieux peuvent se révéler sacrés pour des peuples autochtones pour diverses raisons <sup>23</sup>. Ci-après nous évoquons quelques-unes de ses raisons possibles au travers d'exemple concrets.

#### **§1. Un cycle continue**

##### **a). De la naissance...**

Des lieux peuvent être chargés d'une valeur hautement spirituelle car ils sont l'endroit qui a vu naître la communauté. Comme le décrit le professeur Llyod Burton, le lien qui unit les peuples autochtones à la Terre commence par la naissance de l'individu <sup>24</sup>. La signification

---

<sup>19</sup>M, FONDA, "Are They Like Us Yet?", *The International Indigenous Policy Journal*, vol. 2, n°4, Octobre 2011, p. 8.

<sup>20</sup> L. J., LORENZO, *op. cit.*, disponible sur <http://www.jssj.org>

<sup>21</sup> voir The Native American Sacred Lands Act (H.R. 2419), section 1(5)

<sup>22</sup> voir The Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act of 1976, section 3 ; the Northern Territory Aboriginal Sacred Sites Act of 1989, section 3.

<sup>23</sup> R., WILD, et C., MCLEOD, *Sites naturels sacrés : Lignes directrices pour les gestionnaires d'aires protégées*, Gland (Suisse), UICN, 2012, p. 7.

<sup>24</sup> L, BURTON, « Part.1 Culture and Spirituality » *Worship and Wilderness: Culture, Religion, and Law in Public Lands Management*, Wisconsin, The University of Wisconsin Press, 2002, p. 34.

culturelle et identitaire de cette dernière varie selon la communauté autochtone concernée. « [...] *all have their own received understandings of how they came into being, where they came from (geographically), and what is their relationship to their place of origin* »<sup>25</sup>.

De nombreux groupes autochtones honorent la naissance à un endroit spécifique à travers différents rituels, ceux-ci jouant un véritable rôle d'ancrage individuel et communautaire. On peut notamment citer l'exemple de certaines tribus (*Les Seri* et les *O'odham*) du sud de l'Arizona et du désert Sonora (dans le sud du Mexique), qui brûlent le placenta du nouveau-né dans certains lieux pour renforcer la relation réciproque du bébé avec ce qui l'entoure<sup>26</sup>. Ces lieux devenant sacrés de par les rituels s'y déroulant.

### **b). À la mort...**

La vie après à la mort joue aussi un rôle très important chez les peuples autochtones. Si les coutumes, traditions qui entourent la vie après la mort diffèrent selon les communautés, chez toutes, on retrouve une grande importance accordée au lieu<sup>27</sup>. Que ce dernier représente l'endroit de crémation pour les communautés brûlant leurs défunts, ou celui où les esprits résident, il sera dès lors considéré comme sacré. À ce titre, il sera honoré au travers de rituels, pratiques, de chansons ou de mythes. Toutes ces manifestations participent au processus de renouveau et de continuité qui caractérise la philosophie aborigène<sup>28</sup>. Cette dernière étant « holistique, cyclique, répétitive et [...] fermement enracinée dans un lieu précis »<sup>29</sup>.

Toute la difficulté réside dans le fait que, pour beaucoup de peuples autochtones, ces lieux sacrés ne sont pas forcément situés dans une réserve ni dans une aire protégée<sup>30</sup>.

C'est ainsi que dans l'affaire *Pics de San Francisco*, la communauté Hopi, vivant dans le nord de l'Arizona, a vu les pics de San Francisco, lieu abritant les esprits des défunts et donc

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 34, italique ajouté.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p.35.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>28</sup> L., LITTLE BEAR, «Jagged Worldviews Colliding », *Reclaiming Indigenous Voice and Vision* , M. BATTISTE (dir.), Vancouver, UBC Press, 2000, p. 78.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 78 ; M, FONDA, “Are They Like Us Yet?”, *The International Indigenous Policy Journal*, vol. 2, n°4, Octobre 2011, p. 9.

<sup>30</sup> L., BURTON, *op. cit.*, p. 44.

hautement sacré pour la communauté, se transformer en station de ski. Le président du conseil tribal Hopi, Abbott Sekaquaptewa, avait dès lors déclaré durant le procès :

« *It is my opinion that [...] if the expansion is permitted, we will not be able successfully to teach our people that it is a sacred place. [...] [O]ur people will not accept the view that is the sacred Home of the Kachinas. The basis of our existence as a society will become a mere fairy tale to our people* »<sup>31</sup>.

## **§2. Sources de plantes médicinales et demeures d'animaux sacrés**

### **a). Sources de plantes médicinales**

Les lieux peuvent aussi se révéler sacrés car abritant des plantes médicinales spéciales pour certaines communautés autochtones.

Selon la spiritualité Navajo, les plantes médicinales ont chacune une chanson et une prière qu'il convient de chanter et de réciter lorsqu'on les collecte<sup>32</sup>. Mae Tso, membre de la communauté Navajo, craignant que sa communauté soit éloignée de leur terres ancestrales l'exprime en ces termes : « *These sacred plants and herbs only grow in certain areas on the land. They can only be gathered from locations which our ancestors and medicine men have instructed us are sacred sites .... We know the sacred plants of the area and they know us. If we went to another area of land, we would not know the spiritual beings and they would not help us* »<sup>33</sup>. On le comprend, séparer la communauté Navajo de ses lieux sacrés où se trouvent certaines plantes médicinales revient à abandonner ces dernières et à rompre avec les connaissances qu'elles contiennent<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Abbott Sekaquaptewa dans L., BURTON, « Part.1 Culture and Spirituality » *Worship and Wilderness: Culture, Religion, and Law in Public Lands Management*, Wisconsin, The University of Wisconsin Press, 2002, p. 45, italique ajouté.

<sup>32</sup> L.A., WHITT, M., ROBERTS, N., WAERETE & V., GRIEVES, « Belonging to Land: Indigenous Knowledge Systems and the Natural World », *Oklahoma City University law review*, vol. 26, 2001, p. 727.

<sup>33</sup> MAE TSO in L.A., WHITT, M., ROBERTS, N., WAERETE & V., GRIEVES, « Belonging to Land: Indigenous Knowledge Systems and the Natural World », *Oklahoma City University law review*, vol. 26, 2001, p. 736, italique ajouté.

<sup>34</sup> *Ibid.*

## **b). Demeures d'animaux sacrés**

Certains lieux font aussi figure de refuges pour animaux sacrés.

Dans l'arrêt *Ktunaxa nation c. Colombie Britannique* que nous analysons en profondeur dans le chapitre 4, nous verrons que le peuple Ktunaxa a vocation à protéger l'esprit de l'Ours Grizzly. Selon leurs croyances, depuis la Création un accord existe entre eux, les ours grizzly et l'Esprit de l'Ours Grizzly<sup>35</sup>. Selon le peuple Ktunaxa, si la station de ski est construite sur la montagne du Qat'muk, le lien les reliant aux ours grizzly sera rompu à tout jamais<sup>36</sup>. Les ours grizzly sont dès lors d'une importance significative pour les croyances et pratiques spirituels Ktunaxa<sup>37</sup>.

## **§3. Gardiens de la terre**

Parce qu'ils appartiennent à la Terre Mère<sup>38</sup>, les peuples autochtones assurent le rôle très important de « gardien »<sup>39</sup>, parfois, depuis très longtemps déjà, et ce dans le but de pérenniser leur lien particulier avec la Terre Mère et de certains lieux sacrés. Ils en prennent soin, les sachant indispensables à leur survie physique, culturelle et spirituelle, à leur survie en tant que peuple<sup>40</sup>.

---

<sup>35</sup> Ktunaxa Nation Council v British Columbia (Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations), SCC File No 36664 (11 July 2016) (Factum of the Appellant, Ktunaxa Nation Council and Kathryn Teneese, on their own behalf and on behalf of all citizens of the Ktunaxa Nation), p.7.

<sup>36</sup> Ktunaxa Nation Council v British Columbia (Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations), SCC File No 36664 (11 July 2016) (Factum of the Appellant, Ktunaxa Nation Council and Kathryn Teneese, on their own behalf and on behalf of all citizens of the Ktunaxa Nation), p. 8.

<sup>37</sup> E.A., STEYN, *At the Intersection of Tangible and Intangible: Constructing a Framework for the Protection of Indigenous Sacred Sites in the Pursuit of Natural Resource Development Projects*, Thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Montréal, Septembre 2017, p. 246.

<sup>38</sup> L.A., WHITT, M., ROBERTS, N., WAERETE & V., GRIEVES, *op. cit.* , p. 713.

<sup>39</sup> R., WILD, et C., MCLEOD, *Sites naturels sacrés : Lignes directrices pour les gestionnaires d'aires protégées*, Gland (Suisse), UICN, 2012, p. 7.

<sup>40</sup> L. J., LORENZO, *op. cit.*, disponible sur <http://www.jssj.org>

Ce rôle, pour les peuples autochtones, est le reflet d'une responsabilité communautaire vis-à-vis de la Terre, ses ressources et ses sites sacrés, et non celui de l'« appropriation », concept absent de leur philosophie de vie <sup>41</sup>. Protéger leur terre grâce au droit à la propriété revient dès lors à devoir apporter un changement fondamental à leur culture<sup>42</sup>.

Les peuples autochtones, lors des négociations sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, se sont d'ailleurs battus pour qu'apparaisse textuellement dans la Déclaration cette notion de responsabilité, revendication que les représentants d'États ont eu du mal à saisir <sup>43</sup>. Les peuples autochtones ont néanmoins eu gain de cause, l'article 25 de la Déclaration stipulant : « Les peuples autochtones ont le droit de conserver et de renforcer leurs liens spirituels particuliers avec les terres, territoires [...] qu'ils possèdent ou occupent et utilisent traditionnellement, et d'assumer leur **responsabilité** en la matière à l'égard des générations futures »<sup>44</sup>.

C'est dans cette même perspective qu'en 1992, lors de la conférence internationale des Nations Unies sur l'environnement et le développement (appelée aussi « Sommet Planète Terre »), les peuples autochtones se voient accorder un rôle central dans le développement durable<sup>45</sup> et ceci grâce à leur « expérience pluriséculaire du milieu naturel »<sup>46</sup>. À son principe 22, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement adoptée lors de ce Sommet Planète Terre, énonce : « [L]es populations autochtones [...] ont un rôle vital à jouer dans la gestion de l'environnement et le développement du fait de leurs connaissances du milieu et de leurs pratiques traditionnelles [...] »<sup>47</sup>.

---

<sup>41</sup> R., WILD, et C., MCLEOD, *op. cit.*, p.7.

<sup>42</sup> B., NEIHART,, *op. cit.*, p. 89.

<sup>43</sup> L. J., LORENZO, *op. cit.*.

<sup>44</sup> Article 25 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones du 13 Septembre 2007.

<sup>45</sup> V., DONCK, Le droit à la terre des peuples autochtones à la lumière du système interaméricain des droits de l'homme : quels enseignements et quelle portée ?, mémoire de master en droit, sous la direction de Nicolas Bonbled, Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2013, p. 20.

<sup>46</sup> F. DEROCHÉ, *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre : un questionnement pour l'ordre mondial*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 63., cité par V., DONCK, *op. cit.*, p. 20.

<sup>47</sup> Principe 22 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement adoptée lors de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement qui s'est tenue à Rio de Janeiro du 3 au 14 juin 1992.

D'autres déclarations, telles que la Convention (n°169) de l'Organisation internationale du travail relative aux peuples indigènes et tribaux (1989), la Convention sur la diversité biologique (1992), et la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel de l'Humanité (2003), mettent aussi en avant le rôle des peuples autochtones dans la conservation et la sauvegarde du territoire<sup>48</sup>.

Nous le répétons, lorsque nous voulons appréhender les ontologies autochtones, il faut se garder de toute relativisation, au risque d'essentialiser, de folkloriser les peuples autochtones<sup>49</sup>. Néanmoins, à la lecture de ce chapitre, nous avons désormais une vision un peu plus claire de l'importance du lieu chez les peuples autochtones et la notion de «sacré » qui y est liée. Comme nous venons de le voir, les lieux autochtones se révèlent sacrés, selon que les esprits des défunts ou d'animaux y résident, que des pratiques ou rituels y prennent place ou encore qu'on y trouve certaines plantes ou animaux. La religion, de par son ancrage à un lieu, à un territoire, ne se limite plus au domaine du culte mais infiltre le social, le politique et le culturel du mode de vie autochtone<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> R., WILD, et C., MCLEOD, *op. cit.*, p. 16 ; F., MORIN, « La protection des noms de lieux et des sites sacrés autochtones, au niveau des instances internationales », *Études/Inuit/Studies*, vol. 28, n°2, 2004, pp. 203-209.

<sup>49</sup> PUALANI, R. L., COLLIGNON, B. et HIRT, I., « Indigenous Peoples and Spatial Justice. An Interview with Renee Louis Pualani », *justice spatiale | spatial justice*, n° 11, mars 2017, disponible sur <http://www.jssj.org>

<sup>50</sup> Opinion dissidente du juge J. Brennan dans Cour suprême des États-Unis, *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Association*, 485 U.S. 439 ( 1998), pp. 459- 460.

## **CHAPITRE 2. La protection des lieux sacrés autochtones à l'échelle internationale**

Lors de ce chapitre, nous allons procéder à un état des lieux du droit et de la jurisprudence internationale. Au regard de la question de recherche qui nous préoccupe, il s'agit de voir si une protection est ou peut être effectivement accordée, via des instruments juridiques nationaux ou internationaux, à la liberté de religion des peuples autochtones et, partant, à leurs lieux sacrés.

Nous allons donc analyser les déclarations des Nations Unies formant la Charte internationale des droits de l'homme (à l'exception de ses protocoles facultatifs) et d'autres traités des Nations Unies (Section 1), le travail des rapporteurs spéciaux (Section 2) ainsi que les arrêts rendus par les cours et commissions régionales (Section 3) afin de voir la protection accordée aux peuples autochtones en lien avec la liberté de religion et les lieux sacrés. Nous terminons par l'analyse de certains instruments de soft law en la matière (Section 4).

### **Section 1. La Charte internationale des droits de l'homme et autres traités onusiens**

La liberté de religion des peuples autochtones est protégée par l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme relatif à la liberté de religion, ainsi que par l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui lui, assure la protection des minorités<sup>51</sup>.

#### **§1. La Déclaration universelle des droits de l'homme**

Si on s'intéresse à l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, celui-ci stipule : « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites »<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> N., BAKHT et L., COLLINS, "The Earth is Our Mother": Freedom of Religion and the Preservation of Indigenous Sacred Sites in Canada », *McGill Law Journal*, vol. 62, n°3, 2017, p. 786.

<sup>52</sup> Art. 18, Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

Afin de connaître l'interprétation à accorder aux termes et concepts mobilisés de cet article, l'Observation générale apportée par le Comité des droits de l'homme, en 1993, nous est utile.

Concernant le concept de *rite*, le comité déclare que celui-ci « comprend les actes rituels et cérémoniels exprimant directement une conviction, ainsi que différentes pratiques propres à ces actes, y compris la *construction de lieux de culte, l'emploi de formules et d'objets rituels*[...] »<sup>53</sup>.

Le comité des droits de l'homme s'attache aussi à ce que « les termes conviction et religion [soient] interprétés *au sens large*. L'article 18 n'est pas limité, dans son application, aux religions traditionnelles ou aux religions et croyances comportant des caractéristiques ou des pratiques institutionnelles analogues à celles des religions traditionnelles. Le Comité est donc préoccupé par toute tendance à faire preuve de discrimination à l'encontre d'une religion ou d'une conviction quelconque pour quelque raison que ce soit [...] »<sup>54</sup>.

Dès lors, bien que les peuples autochtones ne soient pas expressément visés ni dans la Déclaration universelle des droits de l'homme ni dans l'Observation Générale, cette dernière y fait sans aucun doute implicitement référence dans le paragraphe précédemment reproduit.

## **§2. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques**

Si on examine l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, disposition qui est d'ailleurs la première à avoir apporté une protection aux minorités d'application universelle<sup>55</sup> : « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue »<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Comité des droits de l'homme, Observation générale No.22 : Droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (Art. 18), 27/08/1993, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, §4, italique ajouté.

<sup>54</sup> *Ibid.*, §2, italique ajouté.

<sup>55</sup> E.A., STEYN, *At the Intersection of Tangible and Intangible: Constructing a Framework for the Protection of Indigenous Sacred Sites in the Pursuit of Natural Resource Development Projects*, Thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Montréal, Septembre 2017, p. 176.

<sup>56</sup> Art. 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

Le Comité des droits de l'homme apporte une précision quant à l'interprétation à donner à cet article, en y incluant cette fois, expressément les peuples autochtones. Il stipule que « [p]our ce qui est de l'exercice des droits culturels consacrés à l'article 27, [...] la culture peut revêtir de nombreuses formes et s'exprimer notamment par un certain mode de vie associé à l'utilisation des ressources naturelles, en particulier dans le cas des *populations autochtones*. Ces droits peuvent porter sur l'exercice d'activités traditionnelles telles que la pêche ou la chasse et sur la vie dans des réserves protégées par la loi. L'exercice de ces droits peut exiger des mesures positives de protection prescrites par la loi et des mesures garantissant la participation effective des membres des communautés minoritaires à la prise des décisions les concernant »<sup>57</sup>.

### **§3. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels**

L'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, quant à lui, protège le « droit de participer à la vie culturelle »<sup>58</sup>. Au sens du comité des droits de l'homme, « la culture comprend notamment le mode de vie, la langue, la littérature orale et écrite, la musique et la chanson, la communication non verbale, la religion ou les croyances, les rites et cérémonies, les sports et les jeux, les méthodes de production ou la technologie [...] »<sup>59</sup>.

### **§4. La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale**

Il semble tout autant pertinent de citer, faisant partie de ce corpus international susceptible de protéger les droits religieux des peuples autochtones, l'article 5 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, qui stipule que les États parties à la Convention s'engagent à « garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi [...] notamment dans la jouissance [...] [du] droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion »<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Comité des droits de l'homme, Observation générale No. 23 : Protection des Minorités ( Art. 27), 26/04/1994, CCPR/21/Rev.1/Add.5, §7, italique ajouté.

<sup>58</sup> Art. 15, par.1a du Pacte international relatif aux droits économiques et sociaux du 16 décembre 1966, italique ajouté.

<sup>59</sup> Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale No. 21 : Droit de chacun de participer à la vie culturelle ( art. 15, par.1a), 21/12/2009, E/C.12/GC/21, § 13.

<sup>60</sup> Art. 5 (vii) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965.

Interprétant cette convention, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale des Nations Unies souligne que l'application du principe de non-discrimination nécessite de prendre en compte les « caractéristiques des groupes »<sup>61</sup> et ce afin de réaliser une égalité effective dans la jouissance de leurs droits humains.

C'est ainsi que, concernant les peuples autochtones, le Comité enjoint les États, « [d]e veiller à ce que les membres des populations autochtones jouissent de droits égaux en ce qui concerne la participation effective à la vie publique [...] »<sup>62</sup> et ce afin que « les collectivités autochtones puissent exercer leurs droits d'observer et de revitaliser leurs traditions culturelles et leurs coutumes [...] »<sup>63</sup>.

Il nous semble déjà utile de préciser aux fins des chapitres 3 et 4 dans lequel nous analysons le contexte canadien de préciser que le Canada est tout autant parti au Pacte international relatif aux droits civils politiques à celui relatif aux droits économiques et sociaux qu'à cette dernière Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

## **§5. La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones**

De tous les instruments onusiens, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones du 13 septembre 2007 semble être celui le plus pertinent au regard de la problématique qui nous occupe, mettant en exergue le lien entre la liberté de religion des peuples autochtones et lieux sacrés. C'est ainsi que la Déclaration stipule en son article 12 : « Les peuples autochtones ont le droit de manifester, de pratiquer, de promouvoir et d'enseigner leurs traditions, coutumes et rites religieux et spirituels; le droit d'entretenir et de protéger leurs sites religieux et culturels et d'y avoir accès en privé; le droit d'utiliser leurs objets rituels et d'en disposer ; et le droit au rapatriement de leurs restes humains »<sup>64</sup>.

Quant à l'article 25 de la Déclaration, sur lequel nous nous étions déjà attardés lors du chapitre 1, il souligne quant à lui le lien spirituel que les peuples autochtones entretiennent

---

<sup>61</sup> Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale XXXII : Signification et portée des mesures spéciales dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, CERD/C/GC/32, §8.

<sup>62</sup> Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale no. 23 : Les droits des populations autochtones, U.N. Doc. A/52/18, §4, d).

<sup>63</sup> Ibid., §4, e).

<sup>64</sup> Art. 12 (1) de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones du 13 septembre 2007.

avec le territoire. Il précise que : « les peuples autochtones ont le droit de conserver et de renforcer leurs *liens spirituels particuliers* avec les terres, territoires, eaux et zones maritimes côtières et autres ressources qu'ils possèdent ou occupent et utilisent traditionnellement, et d'assumer leurs responsabilités en la matière à l'égard des générations futures »<sup>65</sup>.

## **Section 2. Les Rapporteurs Spéciaux des Nations Unies**

Les Rapporteurs Spéciaux contribuent eux aussi, depuis quelques années déjà, à essayer de conscientiser les représentants des États concernant le lien spirituel indispensable qui unit les peuples autochtones à la Terre et à quel point celui-ci doit être préservé pour assurer la survie de ces peuples<sup>66</sup>.

À ce titre, on peut souligner le travail réalisé par le rapporteur spécial sur le droit des peuples autochtones, James Anaya, qui a rempli deux mandats consécutifs aux Nations Unies. Dans un rapport de 2011, il émet d'ailleurs de vives critiques à l'encontre de la décision *Navajo Nation v. U.S. Forest Service* de 2008 dans laquelle la Cour fédérale du circuit de l'Arizona se montre favorable à l'extension de la station de ski sur les Francisco Peaks. Comme nous l'avons souligné précédemment dans le chapitre 1, les Francisco Peaks sont des pics rocheux sacrés, pour la nation Hopi, mais aussi pour le peuple Navajo. En réalité, pas moins de « Treize tribus locales mentionnent cette montagne dans l'histoire de la création ou de leur cosmogonie »<sup>67</sup>.

Anaya rappelle donc aux États-Unis qu'ils ont un « devoir de respecter et de protéger la religion des Amérindiens »<sup>68</sup> et ce en vertu des « sources pertinentes du droit international »<sup>69</sup>. C'est pourquoi, selon lui : « toute restriction au droit des peuples autochtones de maintenir et de pratiquer leurs traditions religieuses [...] doit faire l'objet de l'examen le plus minutieux au regard de ces instruments internationaux »<sup>70</sup>.

---

<sup>65</sup> Art. 25 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones du 13 septembre 2007, italique ajouté.

<sup>66</sup> B., NEIHART, « *Awas Tingni v. Nicaragua Reconsidered : Grounding Indigenous Peoples' Land Rights in Religious Freedom* », *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 42, 2013, p. 94.

<sup>67</sup> S., BERTHIER-FOGLAR, « Montagnes mythiques des Indiens des États-Unis : le sacré et le juridique », *ANGLOPHONIA French journal of english studies*, vol. 23, 2008, p. 243.

<sup>68</sup> Traduction libre de UN Human Rights Council, Report by the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, 25/08/2011, A/HRC/18/35/Add.1, §16.

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> *Ibid.*

Considérant que ce qui est en jeu, c'est bien « l'intégrité d'un système de croyance dans son entièreté et la place significative des Peaks [...] dans ce système de croyances »<sup>71</sup>, Anaya reste très sceptique quant au fait que la construction d'une station de ski récréative puisse résister à l'examen de la nécessité et de la proportionnalité notamment requise par l'article 18(3) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>72</sup>.

Dans deux autres rapports postérieurs, James Anaya, note : « *il a été abondamment démontré que les principaux droits substantiels des peuples autochtones [...] susceptibles d'être affectés par la mise en valeur et l'extraction des ressources naturelles sont notamment leurs droits à la propriété, à la culture et à la liberté de religion* »<sup>73</sup>. Il ajoute, dans un addendum consacré à la situation des peuples autochtones des États-Unis, que : « *la désacralisation et le manque d'accès aux lieux sacrés infligent des dommages permanents aux peuples autochtones pour lesquels ces lieux sont des parties essentielles de l'identité* »<sup>74</sup>.

Le rapporteur spécial sur la liberté de religion, Abdelfattah Amor, après avoir visité l'Argentine et être allé à la rencontre du peuple Mapuche, constate quant à lui : « *le principal problème concernant la liberté de religion et la liberté de manifester sa religion ou sa conviction a trait à la question de la terre* »<sup>75</sup> et que « *[la] terre est la condition sine qua non pour le maintien et le développement d'une identité autochtone* »<sup>76</sup>.

Enfin, le rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, Olivier de Schutter, dans le cadre de sa visite au Canada, a lui aussi souligné que les terres traditionnelles des peuples autochtones « *constituaient une composante essentielle de leur identité* »<sup>77</sup> et « *qu'en conséquence, il était*

---

<sup>71</sup> *Ibid.*, §20.

<sup>72</sup> *Ibid.*, §25.

<sup>73</sup> Traduction libre de Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, Rapport du Rapporteur spéciale sur les droits des peuples autochtones, M. James, 6 juillet 2012, A/HRC/21/47, § 50, italique ajouté.

<sup>74</sup> Traduction libre de Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, Rapport du Rapporteur spéciale sur les droits des peuples autochtones, M. James Anaya, sur la situation des peuples autochtones aux États-Unis d'Amérique, 30 août 2012, A/HRC/21/47/Add.1, §44, italique ajouté.

<sup>75</sup> Traduction libre de UN Commission on Human Rights, Civil and Political Rights, Including the Question of Religious Intolerance: Report by the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, 16/01/2002, E/CN.4/2002/73/ADD.1, §112, italique ajouté.

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> Comité des droits de l'homme, Rapport du Rapporteur spécial, Olivier de Schutter, sur le droit à l'alimentation, 6 au 12 mai 2012, A/HRC/22/50/Add.1, § 62 italique ajouté.

généralement considéré, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, que les peuples autochtones ont des droits plus étendus sur leurs ressources naturelles »<sup>78</sup>, y compris « le droit d'utiliser les ressources naturelles comme un moyen de sauvegarder leur intégrité culturelle par [...] des activités religieuses et spirituelles »<sup>79</sup>.

Dès lors que nous avons désormais en tête, d'un point de vue international, les dispositions de droit - ainsi que l'interprétation qui s'y rattache - formant le corpus légal permettant aux peuples autochtones d'espérer une protection de leurs lieux sacrés au regard de leur liberté de religion, il convient d'examiner quelles applications leur donnent les cours et commissions régionales dans des cas concrets.

### **Section 3. Les cours et commissions régionales**

#### **§1. Les cours régionales**

##### **a). La Cour interaméricaine des droits de l'homme**

Tout d'abord, on ne peut parler de la jurisprudence internationale en lien avec les peuples autochtones sans s'attarder sur le rôle primordial<sup>80</sup> joué par la Cour interaméricaine des droits de l'homme en la matière. Celle-ci, dans bon nombre de ses décisions, a en effet successivement rappelé l'importance significative du territoire et de l'environnement pour la culture, l'identité, la spiritualité et l'intégrité des peuples autochtones<sup>81</sup>.

Il y a 17 ans déjà, la Cour interaméricaine rendait son arrêt de principe en la matière, l'arrêt *Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua* (2001). Non seulement, c'était la première fois que la Cour donnait raison aux peuples autochtones concernant leurs terres ancestrales<sup>82</sup> mais

---

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> D., NEWMAN, E., RUOZZI, et S., KIRCHNER, « Legal Protection of Sacred Natural Sites Within Human Rights Jurisprudence : Sápmi and Beyond », *Experiencing and Protecting Sacred Natural Sites of Sámi and other Indigenous Peoples*, L. HEINÄMÄKI, T. M. HERRMAN (dir.), Cham (Suisse), Springer Polar Sciences, 2017, pp. 11- 26.

<sup>81</sup> N., BAKHT et L., COLLINS, "The Earth is Our Mother": Freedom of Religion and the Preservation of Indigenous Sacred Sites in Canada », *McGill Law Journal*, vol. 62, n°3, 2017, pp. 777-812.

<sup>82</sup> F., MACKAY, A guide to indigenous peoples' rights in the Inter-American Human Rights System, IWGIA, Copenhague, 2002, p. 85.

aussi, la première fois qu'un tribunal régional, dans une décision juridiquement contraignante, reconnaissait des droits fonciers collectifs<sup>83</sup>.

Concernant le lien spirituel qui unit les peuples autochtones à leurs terres, la Cour y affirme déjà : « *[f]or indigenous communities, relations to the land are not merely a matter of possession and production but a material and spiritual element which they must fully enjoy, even to preserve their cultural legacy and transmit it to future generations* »<sup>84</sup>.

C'est dans cette même perspective que dans l'arrêt *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, la Cour condamne le Paraguay, considérant qu'il manque à son devoir de protéger les territoires traditionnels autochtones et viole leur droit de propriété. En l'espèce, la communauté Yakye Axa avait été déplacée de son territoire traditionnel pourtant essentiel à sa survie économique (celle-ci résultant principalement de la chasse et de la pêche), puis réinstallée dans un territoire où il n'y avait pas d'animaux et qui manquait drastiquement d'eau.

Selon la Cour : « *[t]he culture of the members of the indigenous communities directly relates to a specific way of being, seeing, and acting in the world, developed on the basis of their close relationship with their traditional territories and the resources therein, not only because they are their main means of subsistence, but also because they are part of their worldview, their religiosity, and therefore, of their cultural identity* »<sup>85</sup>. La Cour considère dès lors que l'article 21 de la Convention relative aux droits de l'homme relatif au droit de propriété doit être interprété comme un mécanisme protecteur de cette aspect culturel et spirituel de la communauté<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> B., NEIHART, « *Awas Tingni v. Nicaragua Reconsidered : Grounding Indigenous Peoples' Land Rights in Religious Freedom* », *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 42, 2013, p.78.

<sup>84</sup> IACtHR, *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni community v. Nicaragua* Judgment of August 31, 2001 (Merits, Reparations and Costs), Series C No. 79, § 149 italique ajouté.

<sup>85</sup> IACtHR, *Case of the Yakye Axa Indigenous community v. Paraguay* Judgment of June 17, 2005 (Merits, Reparations and Costs), Series C No. 125, § 135, italique ajouté.

<sup>86</sup> IACtHR, *Case of the Yakye Axa Indigenous community v. Paraguay* Judgment of June 17, 2005 (Merits, Reparations and Costs), Series C No. 125, § 137; D, FARGET, *Le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones dans les contentieux internationaux des droits de l'homme*, Thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Montréal et Université Aix-Marseille 3, Juillet 2010, p. 91.

Dans l'arrêt *Saramaka v. Suriname* (2007), la Cour octroie six cent mille dollars à la communauté Saramaka, en raison de dommages intangibles causés par une destruction de leur environnement ; ce qui, aux yeux de la Cour, constitue « *a denigration of their basic cultural and spiritual values* »<sup>87</sup>. La Cour conclut que : « [...] *the immaterial damage caused to the Saramaka people by these alterations to the very fabric of their society entitles them to a just compensation* »<sup>88</sup>. Comme dans l'arrêt *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, les dommages causés aux lieux sacrés constituent un des motifs sur lesquels les requérants fondent la violation de leur droit de propriété<sup>89</sup>.

Il est intéressant de relever que, dans cette affaire, la Cour fait explicitement référence aux Lignes directrices *Akwé : Kon*<sup>90</sup>. Ces dernières, que nous développons plus loin, considèrent notamment que « pour déterminer le champ d'une étude sur les impacts culturels »<sup>91</sup>, « [l]es impacts potentiels sur des sites sacrés et sur les activités rituelles ou cérémonielles qui s'y déroulent » doivent être pris en compte<sup>92</sup>.

Similairement, dans l'arrêt *Sarayaku v. Ecuador* (2012), concernant l'évaluation de l'impact du dommage, les représentants de la communauté Sarayaku avançaient qu'au moins « un de leurs sites d'une importance significative avait été endommagé »<sup>93</sup>. En l'espèce, il s'agissait d'une forêt sacrée au sein de laquelle certains arbres avaient une valeur sacrée individuelle. Celle-ci avait été détruite par une compagnie pétrolière, ce qui avait laissé le shaman dans l'impossibilité d'obtenir les médicaments pour guérir les maladies de ses enfants et membres de sa famille<sup>94</sup>. Dans cet arrêt, les lieux sacrés sont pris en considération par la Cour dans

---

<sup>87</sup> IACtHR, *Case of the Saramaka People v. Suriname*, Judgment of November 28, 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), Series C No. 172, § 200, italique ajouté.

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> D., NEWMAN, E., RUOZZI, et S., KIRCHNER, « Legal Protection of Sacred Natural Sites Within Human Rights Jurisprudence : Sápmi and Beyond », *Experiencing and Protecting Sacred Natural Sites of Sámi and other Indigenous Peoples*, L. HEINÄMÄKI, T. M. HERRMAN (dir.), Cham (Suisse), Springer Polar Sciences, 2017, p. 14.

<sup>90</sup> IACtHR, *Case of the Saramaka People v. Suriname*, Judgment of August 12, 2008 (Interpretation of the Judgment on Preliminary Objections, Merits, Reparations and costs), Series C No. 185, § 41.

<sup>91</sup> Convention sur la diversité biologique, *Lignes directrices Akwé : Kon*, Montréal, Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, 2004, § 27.

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> Traduit librement de IACtHR, *Case of the Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador* Judgment of June 27, 2012 (Merits and Reparations), Series C No. 245, § 104.

<sup>94</sup> *Ibid.*

l'examen d'une potentielle violation du droit à la vie, droit à l'intégrité personnelle et droit à la liberté personnelle. En effet, l'impossibilité d'accéder aux lieux sacrés pour la communauté Sarayaku constitue, pour la Cour, un facteur contribuant à la violation de ces droits<sup>95</sup>.

L'arrêt *Comunidad Moiwana c. Suriname*, rendu le 15 juin 2005, s'inscrit lui aussi dans cette même ligne d'ouverture à l'égard des peuples autochtones et de leur environnement. Cela se traduit par la « consécration juridique d'une forme de dommage spirituel »<sup>96</sup>.

Selon la culture du peuple N'djuka, « des rites particuliers et complexes doivent accompagner la mort d'un membre de la communauté »<sup>97</sup>. À moins qu'il n'ait été considéré indigne, un enterrement décent, conforme aux traditions, doit être offert au défunt. Si les rites mortuaires ne sont pas respectés, cela peut provoquer la colère de l'esprit du défunt et celle des ancêtres<sup>98</sup>. « Les membres de la famille du défunt seront tourmentés par les esprits et souffriront de 'maladies d'origine spirituelle', matérialisées par des pathologies physiques réelles et susceptibles d'affecter toute la descendance »<sup>99</sup>.

La Cour juge dès lors que le fait d'avoir ignoré le sort qui était réservé aux dépouilles des victimes décédées lors de l'attaque de l'armée du Suriname de 1986, perpétrée dans le village où vivait le peuple N'djuka, et qui a empêché la conduite de cérémonies funéraires traditionnelles, est « une des principales sources de souffrances des membres de la Communauté »<sup>100</sup>. Faisant une interprétation souple de la Convention, elle conclut qu'il y a une violation de l'article 5.1 de la Convention américaine des droits de l'homme protégeant

---

<sup>95</sup> D., NEWMAN, E., RUOZZI, et S., KIRCHNER, « Legal Protection of Sacred Natural Sites Within Human Rights Jurisprudence : Sápmi and Beyond », *Experiencing and Protecting Sacred Natural Sites of Sámi and other Indigenous Peoples*, L. HEINÄMÄKI, T. M. HERRMAN (dir.), Cham (Suisse), Springer Polar Sciences, 2017, p. 16.

<sup>96</sup> L., HENNEBEL, « La protection de "l'intégrité spirituelle" des indigènes. Réflexions sur l'arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Comunidad Moiwana c. Suriname* du 15 juin 2005 », *Rev. trim. dr. h.* 66/2006, p. 275.

<sup>97</sup> Traduit librement de IACtHR, *Case of Moiwana village v. Suriname*, Judgment of June 15, 2005 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), Series C No. 124, § 98.

<sup>98</sup> L., HENNEBEL, *op. cit.*, p. 260.

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> Traduit librement de IACtHR, *Case of Moiwana village v. Suriname*, Judgment of June 15, 2005 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), Series C No. 124, § 100.

l'intégrité physique<sup>101</sup> ; le peuple N'djuka ayant souffert sur les plans psychique, spirituel et émotionnel<sup>102</sup>.

Nous pouvons conclure de l'examen de ces quelques arrêts que, bien que la Cour n'ait pas encore consacré la protection des lieux sacrés au regard de la liberté de religion, elle favorise une interprétation large des droits de l'homme consacrés dans la Convention, afin de permettre une réelle prise en compte des particularités culturelles<sup>103</sup>.

## § 2. Les Commissions régionales

### a). La Commission interaméricaine des droits de l'homme

Les Commission régionales ont aussi contribué à rendre visible le lien significatif entre territoires autochtones et liberté de religion<sup>104</sup>. C'est ainsi que la Commission interaméricaine des droits de l'homme, concernant ce qu'elle appelle « Exercise of the Spiritual Relation to Territory and Access to Sacred Sites »<sup>105</sup>, constate :

« [a]ncestral territories have a deep spiritual value for indigenous and tribal peoples. In addition, indigenous and tribal peoples consider that certain places, phenomena or natural resources are especially sacred in accordance with their tradition, and require special protection. Indigenous and tribal peoples' territories and natural resources are a constitutive element of their worldview and religiousness, given that for them, the notions of family and of religion are intimately connected to the places where ancestral burial grounds, places of religious significance and importance, and kinship patterns have developed from their occupation and use of their physical territories »<sup>106</sup>.

---

<sup>101</sup> L., HENNEBEL, *op. cit.*, p. 261.

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> L., HENNEBEL, *op. cit.*, p. 274

<sup>104</sup> B., NEIHART, « *Awas Tingni v. Nicaragua Reconsidered : Grounding Indigenous Peoples' Land Rights in Religious Freedom* », *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 42, 2013, p.95.

<sup>105</sup> IACHR, Indigenous and tribal peoples' rights over their ancestral lands and natural resources. Norms and jurisprudence of the Inter-American Human Rights System, 30/12/2009, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, § 150.

<sup>106</sup> *Ibid.*

## **b). La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples**

Si on regarde du côté de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, l'affaire *Endorois c Kenya*, que la Commission a eu à connaître en 2003, s'inscrit complètement dans le cadre de notre recherche et mérite à ce titre que nous nous y attardions.

Les Endorois sont une communauté de plus ou moins 60 000 personnes, qui occupaient des territoires dans la région du lac Bogoria au Kenya. Ils ont par la suite été dépossédés de leurs terres : le gouvernement voulant créer une réserve naturelle sur leurs territoires. Ils ont donc été forcés de s'installer ailleurs.

Dans cette affaire, la Commission a reconnu la violation de plusieurs articles de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* ; le droit à la propriété (article 14), à la libre disposition de leurs richesses et ressources naturelles (article 21), à **la libre pratique de leur religion** (article 8), à leur culture (article 17) et à leur développement (article 22)<sup>107</sup>. C'est évidemment l'analyse concernant la violation à l'article 8 qui retient le plus notre attention.

En l'espèce, les Endorois soutenaient qu'en les expulsant de leurs terres et en leur refusant l'accès au lac et aux autres sites religieux environnants, le gouvernement kenyan avait porté atteinte aux capacités des Endorois de pratiquer leur religion comme l'exige leur foi. Ils affirment notamment que les sites religieux n'ont pas subi une démarcation et une protection adéquate. Ils sont aussi, selon eux, incapables de pratiquer librement leur religion depuis leur expulsion<sup>108</sup>.

La Commission suit la position des requérants. Elle accepte que l'expulsion « des terres de leurs ancêtres par les autorités kenyanes était une violation du droit des Endorois à la liberté de religion et les éloignait des terres sacrées essentielles à la pratique de leur religion. Cette mesure rendait pratiquement impossible la continuation des pratiques religieuses essentielles à la culture et à la religion de cette communauté »<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> O., DISMAS NDAYAMBAJE, « La Contribution de la Reconnaissance des Droits des Peuples Autochtones à la Protection de l'Environnement à la Lumière de l'Affaire Endorois c. Kenya », *Revue québécoise de droit international*, vol.29, n°2, 2016, p. 181.

<sup>108</sup> Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) c Kenya*, 2009, No 276/03, 49e sess, 27e rapport d'activité [Endorois c Kenya], §80.

<sup>109</sup> Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) c Kenya*, 2009, No 276/03, 49e sess, 27e rapport d'activité [Endorois c Kenya], § 173.

## **Section 4. Les instruments de soft law**

Un corpus croissant d'instruments de soft law ayant pour but de protéger les sites sacrés, et plus précisément les sites sacrés autochtones, a récemment vu le jour<sup>110</sup>.

Concernant la protection des sites sacrés au sens large, on peut entre autres citer ; le Code universel sur les lieux saints (2011) la Déclaration de Québec sur la sauvegarde de l'esprit du lieu ( 2008) ; la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (2003) et la Déclaration de Yamato sur les approches intégrées de sauvegarde du patrimoine culturel matériel et immatériel (2004 ).

Bien que ces instruments soient non-contraignants, ils constituent de réels outils à la disposition des gouvernements (et des acteurs privés) dans leur démarche de protection des sites sacrés et pour permettre une meilleure reconnaissance de la diversité religieuse et culturelle au sein de leurs pays respectifs<sup>111</sup>.

Concernant la protection spécifique des sites sacrés autochtones, deux instruments que nous avons déjà évoqués plus haut sont particulièrement pertinents : la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et les Lignes directrices *Akwé : Kon*.

### **§1. La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones**

La Déclaration sur les droits des peuples autochtones, dont nous avons déjà relevé la pertinence pour les peuples autochtones lors des chapitres précédents, n'a pourtant pas fait l'unanimité à son adoption. Quatre États avaient en effet voté contre lors de son adoption à l'Assemblée Générale des Nations Unies : la Nouvelle-Zélande, les États-Unis, l'Australie et le Canada<sup>112</sup>. Ce dernier, l'ayant d'abord qualifiée de trop large et imprécise, avait ensuite décidé d'appuyer la Déclaration, tout en précisant qu'elle ne reflétait pas le droit international coutumier et qu'elle n'avait aucun effet interne au Canada. En 2015, la Commission de Vérité et Réconciliation publie un rapport final appelant à l'adoption et à la mise en oeuvre de la Déclaration.

---

<sup>110</sup> J., HICKLING, « Religious freedom in the New World ? Indigenous Sacred Sites and Religious Beliefs in the Courts in British Columbia », *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 6, 2017, p. 575.

<sup>111</sup> *Ibid*, p. 576.

<sup>112</sup> S., WIESSNER, « Re-Enchanting the World: Indigenous Peoples' Rights as Essential Parts of a Holistic Human Rights Regime », *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 15, 2010, p. 252.

Ce qui, en 2016, amène le Canada, après des élections et un changement de gouvernement, à modifier sa position et à déclarer qu'il était désormais « garant absolu de la Déclaration, sans réserve »<sup>113</sup>.

## §2. Les lignes directrices *Akwé : kon*

Les lignes directrices *Akwé : kon*, que nous avons évoquées lorsque nous parlions de l'arrêt *Saramaka v. Suriname* (2007), constituent un ensemble de directives facultatives ayant pour but la « conduite d'études d'impacts culturels, environnementaux et sociaux, d'aménagements proposés ou susceptibles d'avoir un impact sur des sites sacrés et sur des terres ou des eaux occupées ou utilisées traditionnellement par des communautés autochtones et locales »<sup>114</sup>.

Ces directives destinées à être utilisées par des gouvernements et des agences internationales lorsque des développements susceptibles d'avoir un impact sur les sites sacrés autochtones sont proposés, recommandent certaines étapes à intégrer dans l'évaluation des projets. Citons, entre autres : accorder aux communautés autochtones le droit de participer à tous les stades du processus de développement, identifier et considérer les impacts possibles sur tous les aspects de la culture, y compris les sites sacrés et les activités rituelles associées, reconnaître la fonction de conservation des sites sacrés en ce qui concerne les ressources naturelles dont dépendent les communautés pour leur bien-être<sup>115</sup>.

Avant de nous attaquer au contexte canadien, nous terminerons en soulignant qu'en plus de ces instruments de soft law, de nombreuses conférences, déclarations et résolutions ont apporté leur contribution, que ce soit en incitant les gouvernements à reconnaître l'importance des lieux sacrés autochtones mais aussi à légiférer afin de les protéger<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> Traduction libre de J., HICKLING, *op. cit.*, p. 578 ; United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues, *Announcement of Canada's Support for the UNDRIP*, New York City, 2016, p. 6.

<sup>114</sup> Convention sur la diversité biologique, *Lignes directrices Akwé: Kon*, Montréal, Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, 2004, p. 3.

<sup>115</sup> J., HICKLING, *op. cit.*, p. 577 ; Convention sur la diversité biologique, *Lignes directrices Akwé: Kon*, Montréal, Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, 2004.

<sup>116</sup> voir par exemple The Playa del Carmen Declaration on Indigenous Spirituality, Nature and Sacred Sites (April 2005) ; Durban Recommendations on the Cultural and Spiritual Values of Protected Areas (IUCN, 2003) ; Tokyo Declaration on Sacred Natural Sites and Territories (UNESCO, 2005).

# **PARTIE 2. Zoom sur le contexte canadien et l'étude de l'arrêt *Ktunaxa Nation***

---

## **CHAPITRE 3. Le contexte du Canada**

« As the curtains opens wider and wider on the history of Canada's relationship with its Indigenous peoples, inequities are increasingly revealed and remedies urgently sought »<sup>117</sup>

Bien que relater tout l'historique des peuples autochtones du Canada<sup>118</sup> en lien avec la religion et la colonisation dépasserait le cadre de ce travail de recherche, en évoquer le fil rouge n'en reste pas moins une étape essentielle. Nous commençons donc ce chapitre en évoquant quelques éléments-clés concernant les persécutions religieuses autochtones. Prendre conscience des inégalités d'hier permet de mieux comprendre les revendications d'aujourd'hui. Par après, nous expliquons l'étape de la réconciliation et l'obligation accrue de respect et de reconnaissance envers les peuples autochtones et leur culture que le Canada s'est reconnu devoir honorer.

Ensuite, nous examinons le droit à la liberté de religion circonscrit au contexte canadien. Nous analysons sa portée, ses limites, son application au regard de la jurisprudence donnée par les cours canadiennes à travers de nombreux arrêts. À ce titre, nous évoquons quelques cas de jurisprudence en lien avec les peuples autochtones et leurs lieux sacrés afin d'appréhender leur dénouement.

### **Section 1. Les peuples autochtones du Canada et la religion: quelle histoire ?**

#### **§1. Une histoire d'intolérance et de persécution religieuse**

---

<sup>117</sup> Cour suprême du Canada, Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien), 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99, 14 avril 2014, § 1.

<sup>118</sup> Au Canada, le terme peuples autochtones est mentionné par la Constitution de 1982, englobant les Amérindiens, les Inuit et les Métis ( I, HIRT et C., DESBIENS, « L'aménagement du territoire et la question de la différence culturelle au Canada. De l'invisibilité à la visibilisation des peuples autochtones », *Annales de géographie*, n° 718, 2017, p.705).

### a). À travers l'adoption de lois

Il est admis que les objectifs de civilisation et d'assimilation des communautés autochtones, que le gouvernement canadien a cherché à atteindre, trouvent leur origine dans le colonialisme<sup>119</sup>. À travers l'adoption de nombreuses lois relatives aux Indiens, le Canada a ainsi semé le terrain propice à la discrimination raciale et religieuse.

D'abord, en lien avec le droit de propriété, le gouvernement canadien adopte une loi, le *Land Act, 1874*<sup>120</sup> pour permettre plus facilement une appropriation des territoires autochtones. Cette loi permettait notamment à toute personne âgée de plus de 18 ans d'enregistrer une parcelle de terrain dans les registres des titres fonciers. Néanmoins, cette loi prévoyait que ce droit ne pouvait être étendu aux autochtones. Les colons européens ont dès lors pu s'approprier les territoires traditionnels des peuples autochtones ; ces derniers perdant le contrôle de leur terre et se retrouvant par la même occasion séparés de bon nombre de leurs sites sacrés<sup>121</sup>.

En 1884, les premières lois interdisant les danses cérémonielles des Premières-Nations sont adoptées<sup>122</sup>. Pour le gouvernement canadien, ces pratiques représentaient des symboles du tribalisme, qu'il fallait donc éliminer<sup>123</sup>. L'article 3 de *l'Acte à l'effet de modifier de nouveau l'Acte relatif aux Sauvages, 1880* fait dès lors de ces pratiques une infraction criminelle<sup>124</sup>. Toute personne qui assistait ou participait à une de ces cérémonies était susceptible d'écopier d'une peine de prison de minimum 2 mois jusqu'à 6 mois maximum<sup>125</sup>. Cette interdiction, étendue en 1895<sup>126</sup> pour inclure tous festivals, danses, cérémonies qui consistaient en

---

<sup>119</sup> Bibliothèque du Parlement, *Les autochtones : historique des lois discriminatoires à leur endroit* , Novembre 1987, révisé en novembre 1991, 16 p.

<sup>120</sup> Act to Amend and Consolidate the Laws Affecting Crown Land in British Columbia, SBC 1874, No 2 ( 37 Vict), s 3.

<sup>121</sup> J., HICKLING, *op. cit.*, p. 564.

<sup>122</sup> C. BACKHOUSE, *Colour-coded : A legal History of Racism in Canada, 1900-1950*, Toronto, University of Toronto Press for the Osgoode Society for Canadian Legal history, 1999, p. 63.

<sup>123</sup> Bibliothèque du Parlement, *Les autochtones : historique des lois discriminatoires à leur endroit* , Novembre 1987, révisé en novembre 1991, 16 p.

<sup>124</sup> *Ibid.*

<sup>125</sup> C. BACKHOUSE, *op. cit.*, p. 63.

<sup>126</sup> *Ibid.*

l'offrande de biens ou d'argent ou qui incluaient le fait de blesser des animaux ou un être humain, demeure en vigueur jusque 1951, date à laquelle fut révisée la *Loi sur les Indiens*<sup>127</sup>.

Cette loi a bien sûr eu des conséquences déplorables sur les pratiques, coutumes et traditions autochtones. Conformément à cette loi, des chefs religieux autochtones ont été emprisonnés et humiliés<sup>128</sup>. Des objets et symboles cérémoniels ont été saisis et jamais rendus dans de nombreux cas<sup>129</sup>. Cette politique de discrimination religieuse a aussi amené les peuples autochtones à cacher ou à abandonner leurs pratiques religieuses et objets cérémoniels<sup>130</sup>.

#### **b). Au travers des « pensionnats »**

Encore plus dévastateurs dans leurs conséquences, les pensionnats, financés par le gouvernement canadien et gérés par l'Église catholique, créés dans le but d'exterminer la culture et les spiritualités autochtones. Ces pensionnats constituaient un élément central de la politique d'assimilation forcée, que la Commission de Vérité et Réconciliation qualifiera de « génocide culturel »<sup>131</sup>. Les enfants étaient enlevés de leur milieu familial, de leur communauté, de leur culture. Le but étant de favoriser une assimilation dans la société dominante et ce grâce à l'éducation fondée sur les valeurs, la langue et la culture de cette même société<sup>132</sup>. On dénombre que plus de 150.000 enfants de Premières-Nations, Métis et Inuits, ont fait les frais du système des pensionnats au siècle dernier<sup>133</sup>.

Beaucoup d'enfants ont été victimes d'abus physiques et sexuels. D'autres y moururent ; la surpopulation et le manque de soins sanitaires ayant permis à la tuberculose de se propager plus rapidement<sup>134</sup>.

---

<sup>127</sup> Affaires indiennes et du Nord Canada, *Les lois sur les Indiens et leurs lois modificatrices, 1868-1950*, Centre de la recherche historique et de l'étude des traités, Orientations générales, Affaires indiennes et du Nord, Ottawa, 1981, 363 p. ; Loi modifiant la Loi des Indiens, S.C. 1940-41, c. 19 (4-5 Geo. VI).

<sup>128</sup> J., HICKLING, *op. cit.*, p. 565 ; N., BAKHT, et L., COLLINS, *op. cit.*, p. 790.

<sup>129</sup> N., BAKHT et L., COLLINS, *op. cit.*, p. 790.

<sup>130</sup> J., HICKLING, *op. cit.*, p. 565.

<sup>131</sup> The Truth and Reconciliation Commission of Canada, *Honouring the Truth, Reconciling for the Future, Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, 2015, p. 1.

<sup>132</sup> W., AGUIAR, et R., HALSETH, *Peuples autochtones et traumatisme historique: Les processus de transmission intergénérationnelle*, Prince George (Colombie-Britannique), Centre de collaboration nationale de la santé autochtone, 2015, p. 5

<sup>133</sup> The Truth and Reconciliation Commission of Canada, *Honouring the Truth, Reconciling for the Future, Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, 2015, p. 3.

<sup>134</sup> *Ibid.*

Si les derniers pensionnats ont fermé leur porte fin des années 90<sup>135</sup>, leurs effets dévastateurs sur la santé et le bien-être des personnes victimes de ce système se font encore sentir aujourd'hui<sup>136</sup>. Parmi ces effets, citons un taux élevé de dépressions nerveuses<sup>137</sup>, de suicides<sup>138</sup>, souvent liés à une consommation de drogues et d'alcools plus accrue chez ces populations<sup>139</sup>. Le suicide, par exemple, représente 40 % des décès chez les jeunes Inuits, comparativement à 8 % pour le reste de la population canadienne<sup>140</sup>. Les pensionnats ont aussi laissé un héritage historique rempli de honte, de haine de soi pour les personnes autochtones, menant à des problèmes de mauvaise estime de soi ainsi qu'à une diminution des compétences parentales<sup>141</sup>.

## §2. Un début de réconciliation

Dans les années 90, plusieurs survivants ont lancé des actions en justice contre des églises et contre le gouvernement fédéral pour les abus, physiques et sexuels, dont ils étaient victimes dans les pensionnats. Ces recours collectifs ont mené à l'adoption de la Convention de règlement relative aux pensionnats indiens (CRRPI)<sup>142</sup>. Cette convention prévoit une réparation pécuniaire aux anciens élèves des pensionnats mais aussi la mise sur pied d'une Commission de Vérité et Réconciliation « chargée de contribuer à la vérité, à la guérison et à la réconciliation »<sup>143</sup>. Le travail de cette dernière mérite d'être souligné.

---

<sup>135</sup> The Truth and Reconciliation Commission of Canada, *Honouring the Truth, Reconciling for the Future, Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, 2015, p. 3.

<sup>136</sup> W., AGUIAR, et R., HALSETH, *op. cit.*, p. 5

<sup>137</sup> Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Pensionnats du Canada : Les séquelles: Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada, Volume 5*, McGill-Queen's University Press, 2015, p. 3.

<sup>138</sup> N., BAKHT et L., COLLINS, *op. cit.*, p. 792.

<sup>139</sup> Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Pensionnats du Canada : Les séquelles: Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada, Volume 5*, McGill-Queen's University Press, 2015, p. 174.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 173.

<sup>141</sup> W., AGUIAR, et R., HALSETH, *op. cit.*, p. 5.

<sup>142</sup> Convention de Règlement Relative aux Pensionnats Indiens adoptée le 8 mai 2006.

<sup>143</sup> Annexe N de la Convention de Règlement Relative aux Pensionnats Indiens adoptée le 8 mai 2006, relative au mandat de la Commission de Vérité et de Réconciliation.

Depuis 2008, elle a organisé 238 jours d'audiences publiques et accueilli 6700 témoignages<sup>144</sup>. En juin 2015, elle a remis son rapport final de six volumes au gouvernement fédéral de Justin Trudeau, dans lequel elle précise notamment que son travail n'est que le début d'une réconciliation plus globale et précise aussi que « la réconciliation doit devenir un mode de vie et qu'il faudra de nombreuses années pour réparer les relations et les liens de confiance rompus [...] La réconciliation nécessite [...] de véritables changements sociaux, politiques et économiques »<sup>145</sup>. Le sommaire final de la Commission termine par une longue liste « d'appels à l'action »<sup>146</sup> à l'égard du gouvernement fédéral, afin que celui-ci honore son devoir de respect à l'égard des peuples autochtones canadiens.

A côté de cette prise de conscience nationale, les communautés autochtones ont elles aussi amorcé un processus de réparation collective. Celle-ci consiste notamment à un retour à leur spiritualité et à leurs pratiques traditionnelles<sup>147</sup>. Cette résurgence de la spiritualité autochtone, notamment rendue possible grâce à la transmission par les Anciens d'histoires au coeur de l'épistémologie autochtone<sup>148</sup>, permet de recréer un espace dans lequel les jeunes autochtones peuvent se re-familiariser et être fiers de leur traditions religieuses et culturelles<sup>149</sup>. Une protection juridique de leurs sites sacrés semble dès lors nécessaire pour permettre une réparation réussie.

## **Section 2. La Liberté de religion constitutionnelle aux termes de la Charte canadienne des droits et libertés**

### **§1. Portée du droit à la liberté de religion et ses éléments constitutifs**

« La liberté de conscience et de religion » est la première liberté fondamentale énoncée dans la *Charte canadienne des droits et libertés de 1982*, à l'article 2a).

---

<sup>144</sup> É., PELLERIN, « *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir* : Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada », Politique et Sociétés, Volume 36, numéro 3, 2017, p

<sup>145</sup> Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir : sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, 2015, p. 195.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 347.

<sup>147</sup> N., BAKHT et L., COLLINS, *op. cit.*, p. 793.

<sup>148</sup> A., SIUM, et E., RITSKES, « Speaking truth to power: Indigenous storytelling as an act of living resistance » *Decolonization: Indigeneity, Education & Society*, vol. 2, n°1, 2013, p. 5.

<sup>149</sup> N., BAKHT et L., COLLINS, *op. cit.*, p. 793.

### **a). Portée du droit à la liberté de religion**

Dans son premier arrêt sur le droit à la liberté de religion *Big M Drug Mart*<sup>150</sup>, arrêt de principe en la matière, la Cour suprême du Canada définit la portée de liberté de religion comme «*le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. Toutefois ce concept signifie beaucoup plus que cela. [...] L'un des objectifs importants de la Charte est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. [...] La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques...*»<sup>151</sup>.

La liberté de religion comporte donc deux dimensions distinctes : une dimension positive (qui correspond à la liberté d'avoir des croyances religieuses et de les manifester) et une dimension négative (qui correspond au droit de ne pas se voir imposer une conception religieuse ou une pratique contraire à ses croyances religieuses)<sup>152</sup>.

### **b). Les éléments constitutifs**

Les deux dimensions précédemment évoquées constituent aussi un élément constitutif du droit à la liberté de religion. Cette approche binaire est reproduite de manière similaire à l'article 18(1) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques duquel le Canada est signataire. La Charte canadienne s'interprétant conformément aux obligations internationales du Canada<sup>153</sup>, la Cour suprême reconnaît une présomption de protection au moins égale à celle octroyée par les obligations internationales du Canada en la matière<sup>154</sup>.

---

<sup>150</sup> R. c. Big M Drug Mart, R.C.S. 295, 336-337 (1985)

<sup>151</sup> R. c. Big M Drug Mart, R.C.S. 295, 336-337 (1985), p. 336, italique ajouté.

<sup>152</sup> J., WOEHLING, « La place de la religion dans les écoles publiques du Québec », Revue juridique Thémis, vol. 41, 2007, p. 657.

<sup>153</sup> R. c. Videoflicks Ltd., 48 O. R. (2d), 395 (1984), p. 420.

<sup>154</sup> Cour suprême du Canada, *Ktunaxa Nation c. Colombie britannique* (Forests, Lands and Natural Resource Operations), 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386, 02 novembre 2017, p. 417.

L'obligation de neutralité à charge de l'État imposée par la liberté de religion constitue le deuxième élément constitutif de la liberté de religion<sup>155</sup>. Bien que le préambule de la Charte stipule que le Canada « est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit »<sup>156</sup> et qu'on pourrait donc facilement conclure que le Canada est fondé sur une confusion entre la religion et l'État, cette mention à la suprématie de Dieu a jusqu'ici été plutôt interprétée par la jurisprudence et la doctrine comme un « *embarrassment to be ignored* »<sup>157</sup>. Il semble qu'il faille plutôt l'interpréter comme une reconnaissance qu'il existe d'autres vérités et visions du monde ainsi que d'autres communautés normatives pouvant être des contrepoids à l'autorité de l'État<sup>158</sup>.

Le devoir de neutralité de l'État ne lui interdit néanmoins pas de célébrer et de préserver son patrimoine religieux<sup>159</sup>. L'État canadien peut dès lors choisir de faciliter ou de soutenir l'exercice des libertés religieuses tant qu'il le fasse sans discrimination<sup>160</sup>. La *Charte* permet à l'État canadien de jouer un rôle dans la promotion d'un pluralisme religieux pour autant que celui-ci s'accomplisse de manière impartiale<sup>161</sup>.

L'arrêt de la Cour suprême du Canada, *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*<sup>162</sup>, illustre la portée de cette obligation de neutralité dans le contexte de l'enseignement public. Dans cette affaire, un Conseil scolaire de la Colombie-Britannique refusait d'approuver des manuels illustrant des situations de familles homoparentales comme ressources d'apprentissage pour les enfants de maternelles et de première année<sup>163</sup>. Cette décision était attaquée par les requérants au motif qu'elle était contraire à l'article 76 de la *School Act* qui

---

<sup>155</sup> J., WOEHLING, *op. cit.*, p. 657.

<sup>156</sup> Préambule de la Charte canadienne des droits et libertés de 1982.

<sup>157</sup> D. 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*, vol. 33, 2000, n°3, p. 561.

<sup>158</sup> B., RYDER, « The Canadian Conception of Equal Religious Citizenship », *Law and Religious Pluralism in Canada*, MOON, R. (dir.), Toronto, The University of British Columbia Press, 2008, p. 94.

<sup>159</sup> Cour suprême du Canada, 2015 CSC 16, [2015] 2 RCS 3, 15 avril 2015, § 116.

<sup>160</sup> Cour suprême du Canada, *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 RCS 235, 17 février 2012, §32.

<sup>161</sup> B., RYDER, *op. cit.*, p. 95.

<sup>162</sup> Cour suprême du Canada, *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 RCS 710, 20 décembre 2002.

<sup>163</sup> J., WOEHLING, *op. cit.*, p. 666.

exigeait que toutes les écoles respectent les « principes strictement laïques et non confessionnels » dans leur pouvoir décisionnel<sup>164</sup>.

La Cour choisit de faire preuve d'ouverture et de tolérance dans son interprétation du principe de neutralité religieuse de l'État<sup>165</sup>, considérant que le Conseil, organismes d'élus, investi d'un pouvoir de réglementation, « ne [pouvait] laisser aucun point de vue religieux ou moral prédominant lui dicter sa conduite et [devait] respecter une variété de points de vue »<sup>166</sup>. L'obligation de laïcité mise à la charge du Conseil ne les limitait aucunement à adhérer à une doctrine condamnant l'homosexualité, mais leur interdisait plutôt de prendre des décisions qui reflétaient cette doctrine, traduisant dès lors un refus de reconnaître la validité que pouvait renfermer d'autres points de vue<sup>167</sup>.

## **§2. Cadre d'analyse du droit à la liberté de religion**

Dans l'arrêt *Amselem c. Syndicat Northcrest* (2004), la Cour avait statué que, pour démontrer l'existence d'une atteinte à sa liberté de religion, le demandeur doit établir (1) qu'il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec la religion et (2) que la conduite qu'il reproche à un tiers nuit d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à sa capacité de se conformer à cette pratique ou croyance<sup>168</sup>.

### **a). La nature des croyances protégées**

La Cour suprême donne la définition suivante de la religion dans l'arrêt *Amselem* : « Une religion s'entend typiquement d'un système particulier et complet de dogmes et de pratiques. En outre, une religion comporte généralement une croyance dans l'existence d'une puissance divine, surhumaine ou dominante. Essentiellement, la religion s'entend de profondes croyances ou convictions volontaires, qui se rattachent à la foi spirituelle de l'individu et qui sont intégralement liées à la façon dont celui-ci se définit et s'épanouit spirituellement, et les

---

<sup>164</sup> Cour suprême du Canada, *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 RCS 710, 20 décembre 2002, § 189.

<sup>165</sup> J., WOEHLING, *op. cit.*, p. 666.

<sup>166</sup> Cour suprême du Canada, *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 RCS 710, 20 décembre 2002, §28.

<sup>167</sup> J., WOEHLING, *op. cit.*, p. 667.

<sup>168</sup> Cour suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47, 30 juin 2004, p. 554.

pratiques de cette religion permettent à l'individu de communiquer avec l'être divin ou avec le sujet ou l'objet de cette foi spirituelle »<sup>169</sup>.

On remarque que la Cour suprême choisit une conception subjective et personnelle des critères permettant de déterminer quelles croyances et pratiques jouissent d'une protection. L'État se refuse à endosser le « rôle d'arbitre des croyances »<sup>170</sup>, en se rapportant à des dogmes religieux objectifs ou à la position adoptée par d'autres fidèles se réclamant de la même religion<sup>171</sup>. L'inverse conduirait l'État à s'immiscer dans des débats théologiques pointus et risquerait d'endommager sa neutralité religieuse<sup>172</sup>. La Cour suprême précise, concernant l'analyse de la croyance, que « le tribunal doit uniquement s'assurer que la croyance religieuse invoquée est avancée de bonne foi, qu'elle n'est ni fictive ni arbitraire et qu'elle ne constitue pas un artifice »<sup>173</sup>.

Cette approche subjective avait été particulièrement affirmée dans l'arrêt *Multani* en 2006. Dans cette affaire, qui concernait le port du *kirpan* à l'école pour la communauté sikh, la Cour avait affirmé que pour démontrer une atteinte à sa liberté de religion, il n'était pas nécessaire que le requérant « établisse que le kirpan n'[était] pas une arme, mais seulement que sa croyance personnelle et subjective en la signification religieuse du kirpan [était] sincère »<sup>174</sup>.

#### **b). La nature de l'entrave à la liberté de religion**

La Cour suprême estime que le demandeur qui prétend qu'on a porté atteinte à sa liberté de religion doit « démontrer que la disposition législative ou contractuelle (ou la conduite) contestée entrave **d'une manière plus que négligeable ou insignifiante** sa capacité d'agir en

---

<sup>169</sup> Cour suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47, 30 juin 2004, p. 553.

<sup>170</sup> B., LAVOIE, « Dynamiques discordantes dans la régulation de la liberté de religion au Canada », *Réguler le religieux*, vo. 4, 2015, p. 4.

<sup>171</sup> Cour suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47, 30 juin 2004, § 43.

<sup>172</sup> Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse Québec, *Document de réflexion : La Charte et la prise en compte de la religion dans l'espace public*, juin 2008, p. 6.

<sup>173</sup> Cour suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47, 30 juin 2004, § 52.

<sup>174</sup> Cour suprême du Canada, *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 RCS 256, 2 mars 2006, § 37.

conformité avec ses croyances religieuses »<sup>175</sup>. L'action législative (ou administrative) dont l'effet sur la religion est négligeable, voire insignifiant, ne constitue donc pas une violation de la liberté de religion.

### **§3. Les limites du droit à la liberté de religion**

La liberté de religion n'est pas absolue<sup>176</sup>, et peut être limitée « pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les moeurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui »<sup>177</sup>.

La *Charte canadienne des droits et libertés* comporte en son article premier une clause limitative permettant aux cours et tribunaux de restreindre l'exercice des droits et libertés lorsque ceux-ci entrent en contradiction avec les droits et libertés fondamentaux d'autrui, ou bien avec l'intérêt collectif<sup>178</sup>. Concernant le droit à la liberté de religion, la Cour suprême affirme qu'il vaut mieux concilier les intérêts opposés de l'État dans le cadre d'une analyse basée sur l'article premier plutôt que de mettre des limites internes à la liberté de religion<sup>179</sup>.

C'est dans l'arrêt *Oakes*<sup>180</sup> (1986) que la Cour suprême a délimité le cadre interprétatif permettant de savoir dans quelle mesure une norme législative pouvait restreindre une liberté ou un droit protégé par la *Charte*.

La première étape consiste pour le gouvernement à démontrer que l'objectif poursuivi par la loi est social, urgent et réel<sup>181</sup>. La deuxième étape consiste à vérifier qu'il existe bien un lien rationnel entre l'objectif poursuivi et le moyen de l'atteindre<sup>182</sup>. Troisièmement, le juge doit évaluer si l'atteinte au droit ou à la liberté est la moins attentatoire possible<sup>183</sup>.

---

<sup>175</sup> Cour suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47, 30 juin 2004, § 59, c'est nous qui soulignons.

<sup>176</sup> Cour suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47, 30 juin 2004, § 62

<sup>177</sup> R. c. *Big M Drug Mart*, R.C.S. 295, 336-337 (1985), p. 337.

<sup>178</sup> Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse Québec, *Document de réflexion : La Charte et la prise en compte de la religion dans l'espace public*, juin 2008, p. 11.

<sup>179</sup> Cour suprême du Canada, *Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, 3 avril 1996, § 73.

<sup>180</sup> Cour suprême du Canada, *R. c. Oakes*, [1986] 1 RCS 103, 28 février 1986.

<sup>181</sup> Cour suprême du Canada, *R. c. Oakes*, [1986] 1 RCS 103, 28 février 1986, p. 106.

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 106.

Enfin, les avantages de la restriction et ses effets préjudiciables doivent être proportionnels<sup>184</sup>, c'est-à-dire satisfaire un test de proportionnalité au sens strict<sup>185</sup>.

#### **§4. Le droit aux accommodements raisonnables**

C'est au milieu des années 1980, dans son arrêt de principe *Simpsons-Sears*<sup>186</sup> (1985) que la Cour suprême consacre le concept « d'obligation d'accommodement raisonnable ». Dans cette affaire, Mme O' Malley, membre de l'Église adventiste du Septième Jour et employée dans un magasin, s'était vue imposée de travailler le samedi par son employeur. Or, le samedi étant jour de sabbat selon ses convictions, cela lui était interdit. La Cour suprême avait alors estimé qu'une norme d'apparence neutre pouvait indirectement avoir un impact discriminatoire sur une employée si elle était incompatible avec la pratique religieuse de celle-ci.

En l'espèce, la Cour conclut que l'employeur devait prendre « des mesures d'accommodement raisonnables »<sup>187</sup> afin de modifier l'horaire de travail de l'employée. Cette conclusion repose, selon la Cour, sur une « conséquence naturelle »<sup>188</sup> du droit à l'égalité (article 15 de la *Charte*)<sup>189</sup> mais aussi sur l'article 27, protégeant le patrimoine multiculturel du Canada.

Le raisonnement de l'arrêt *Simpsons-Sears* est aussi au coeur de ce que le professeur Bruce Ryder appelle « *the equal religious citizenship* »<sup>190</sup>. Selon Bruce Ryder, ce concept exige que les règles et les politiques neutres soient ajustées pour répondre aux besoins religieux des personnes de foi ; sans quoi elles ne pourraient participer à la vie sociale et économique<sup>191</sup>. Ce

---

<sup>184</sup> *Ibid.*,

<sup>185</sup> B., LAVOIE, *op. cit.*, p.4.

<sup>186</sup> Cour suprême du Canada, Commission ontarienne des droits de la personne c. *Simpsons-Sears*, [1985] 2 RCS 536, 17 décembre 1985.

<sup>187</sup> Cour suprême du Canada, Commission ontarienne des droits de la personne c. *Simpsons-Sears*, [1985] 2 RCS 536, 17 décembre 1985, § 22.

<sup>188</sup> *Ibid.*

<sup>189</sup> Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse Québec, *Droit et religion : De l'accommodement raisonnable à un dialogue internormatif?*, avril 2006, p. 4.

<sup>190</sup> B., RYDER, « The Canadian Conception of Equal Religious Citizenship », *Law and Religious Pluralism in Canada*, R. MOON (dir.), Toronto, The University of British Columbia Press, 2008, pp. 88-109.

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 90.

concept d'*equal religious citizenship* peut ainsi être considéré comme la raison d'être des accommodements raisonnables en matière religieuse.

Concernant les conditions pouvant donner à un accommodement raisonnable, il convient de noter qu'outre l'exigence d'une atteinte à la liberté de religion (une croyance sincère et une atteinte plus que négligeable ou insignifiante à la capacité de se conformer à cette croyance) le terme « raisonnable » signifie que l'accommodement doit respecter une certaine mesure<sup>192</sup>, c'est-à-dire qu'il ne peut constituer une « contrainte excessive »<sup>193</sup>.

En matière religieuse, le concept d'accommodement s'est vu réaffirmé au travers de nombreuses affaires qu'a eu à connaître la Cour suprême. Citons le droit reconnu à des personnes juives orthodoxes, copropriétaires, d'installer des souccahs sur leur balcon<sup>194</sup> et le droit reconnu à des parents témoins de Jéhovah de refuser qu'une transfusion sanguine soit administrée à leur fille<sup>195</sup>.

## **§5. Revendications autochtones canadiennes basées sur la liberté de religion**

Longtemps les luttes juridiques des communautés autochtones ont été fondées sur le droit à l'autonomie gouvernementale et le droit de propriété<sup>196</sup>. Néanmoins, depuis quelques années, les peuples autochtones cherchent à protéger juridiquement leurs lieux de culte et leurs croyances religieuses. Privilégiant d'abord l'article 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* (relatif aux droits ancestraux), ils ont par la suite cherché à protéger leur liberté de religion au travers de l'article 2(a) de la Charte. Deux arrêts semblent intéressants à cet égard : le premier (*Jack and Charlie*<sup>197</sup>) concerne directement le droit à la liberté de religion, bien que l'article de la *Charte* n'avait pas encore été adopté au moment de l'affaire<sup>198</sup>.

---

<sup>192</sup> L., VANBELLINGEN, « L'accommodement raisonnable de la religion dans le secteur public : analyse du cadre juridique belge au regard de l'expérience canadienne », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol 75, n°2, 2015, p. 228.

<sup>193</sup> Cour suprême du Canada, *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 RCS 536, 17 décembre 1985, § 23.

<sup>194</sup> Cour suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47, 30 juin 2004.

<sup>195</sup> Cour suprême du Canada, *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315, 27 janvier 1995.

<sup>196</sup> J., HICKLING, « Religious freedom in the New World ? Indigenous Sacred Sites and Religious Beliefs in the Courts in British Columbia », *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 6, 2017, p. 545.

<sup>197</sup> Cour suprême du Canada, *Jack and Charlie v. The Queen*, [1985] 2 SCR 332, 31 octobre 1985.

<sup>198</sup> J., BORROWS, « Living law on a living earth : aboriginal religion, Law and the Constitution », *Law and Religious Pluralism in Canada*, MOON, R. (dir.), Toronto, The University of British Columbia Press, 2008, p. 170.

Le deuxième (*Cameron v Ministry of Energy And Mines*<sup>199</sup>) est le premier cas, regroupant des revendications fondées sur les articles 35(1) et 2(a)<sup>200</sup>.

### **a). L'affaire Jack and Charlie**

Dans cette affaire, la question centrale était de savoir si le meurtre d'un cerf en préparation d'une cérémonie religieuse pouvait primer sur le statut de la faune ; celui-ci interdisant de tuer les cerfs hors saison de chasse. En l'espèce, la viande du cerf devait être brûlée lors de la cérémonie afin de nourrir l'esprit d'un ancêtre. Les défenseurs, membres de la communauté *Salishes de la côte*, faisaient valoir que l'interdiction devait leur être inapplicable car interférant avec leur liberté de religion<sup>201</sup>.

La Cour suprême juge que, de même qu'aucun ecclésiastique ne peut invoquer une défense fondée sur la liberté de religion pour justifier l'obtention illégale de vin, sous prétexte que celui-ci est prévu pour le sacrement de la Sainte Communion, l'acte en tant que tel de tuer le cerf ne peut être considéré comme une observance religieuse<sup>202</sup>. Selon la Cour, le brûlage rituel aurait pu être effectué en utilisant de la viande de cerf congelée au préalable<sup>203</sup>.

Pour le professeur John Borrows, la Cour suprême n'a pas réussi à saisir le contexte autochtone et religieux qui entourait la cérémonie en tant que telle<sup>204</sup>. La Cour n'a pas cherché à comprendre la signification spirituelle liée à l'abattage du cerf, ni le mélange de responsabilités familiales entourant cet acte<sup>205</sup> et partant, a manqué à voir une pratique religieuse, là où il y en avait une, dans une perspective salishes<sup>206</sup>.

---

<sup>199</sup> Cameron c. Ministry of Energy And Mines, CanLII 6834 (1998)

<sup>200</sup> N.D., SHRUBSOLE, *Religion, Land and Democracy in Canadian Indigenous-State Relations*, Thèse de doctorat, Faculté de philosophie, Université de Waterloo, 2013, p. 74.

<sup>201</sup> Cour suprême du Canada, *Jack and Charlie v. The Queen*, [1985] 2 SCR 332, 31 octobre 1985, § 10.

<sup>202</sup> Cour suprême du Canada, *Jack and Charlie v. The Queen*, [1985] 2 SCR 332, 31 octobre 1985, §33.

<sup>203</sup> *Ibid.*, § 32.

<sup>204</sup> J., BORROWS, *op. cit.*, p. 170.

<sup>205</sup> *Ibid.*

<sup>206</sup> *Ibid.*, p. 171.

## **b). L'affaire *Cameron v Ministry of Energy And Mines***

Dans cette affaire, la Première Nation de Sauleau et la Nation Cree de Kelly Lake intentent une action en justice contre la société Amoco (société pétrolière et chimique américaine) alléguant que l'opération de forage à laquelle cette dernière se dévoue, viole, entre autres, leur droit à la liberté de religion et de conscience garanti par la *Charte*. Ils basent notamment leur requête sur l'importance spirituelle de la région des « Twin Sisters » pour leurs communautés respectives.

En l'espèce, la Cour Suprême de Colombie Britannique, bien que reconnaissant que la région avait une signification spirituelle primordiale pour les peuples autochtones, juge qu'il n'y a pas (ou pas assez) de preuves quant au fait que les « Twin sisters » fassent l'objet d'activités religieuses<sup>207</sup>. Selon la Cour, les « Twin sisters » semblent simplement conservées par les deux communautés autochtones, or le droit à la liberté de religion n'a pas vocation à protéger un concept de « *stewardship of a place of worship* »<sup>208</sup>.

## **§6. Une approche lacunaire de la liberté de religion ?**

Depuis quelques années, des voix se sont élevées au sein de la doctrine, reprochant au système constitutionnel canadien d'être le produit d'un processus culturel<sup>209</sup> qui pourrait, pour certaines minorités religieuses, et notamment pour les peuples autochtones, compromettre la protection de leurs droits religieux<sup>210</sup>.

Le professeur Benjamin Berger, dans son article *Law's religion : rendering culture*, pointe la dimension culturelle du droit, ce en démontrant que la compréhension constitutionnelle canadienne de la religion est une approche essentiellement individuelle, expression

---

<sup>207</sup> Cameron c. Ministry of Energy And Mines, CanLII 6834 (1998), § 174.

<sup>208</sup> Cameron c. Ministry of Energy And Mines, CanLII 6834 (1998), § 195.

<sup>209</sup> B.L., BERGER, « Law's Religion : Rendering Culture », *Law and Religious Pluralism in Canada*, MOON, R. (dir.), Toronto, The University of British Columbia Press, 2008, pp. 264-296.

<sup>210</sup> Voir J., BORROWS « Living law on a living earth : aboriginal religion, Law and the Constitution », *Law and Religious Pluralism in Canada*, MOON, R. (dir.), Toronto, The University of British Columbia Press, 2008, pp. 161-191 ; D., NEWMAN, E., RUOZZI, et S., KIRCHNER, « Legal Protection of Sacred Natural Sites Within Human Rights Jurisprudence : Sápmi and Beyond », *Experiencing and Protecting Sacred Natural Sites of Sámi and other Indigenous Peoples*, L. HEINÄMÄKI, T. M. HERRMAN (dir.), Cham (Suisse), Springer Polar Sciences, 2017, pp. 11- 26 ; N.D., SHRUBSOLE, « The Sun Dance and the Gustafsen Lake Standoff : Healing through Resistance and the Danger of Dismissing Religion » *The International Indigenous Policy Journal*, vol. 2, n°4, 2011, pp. 1-17.

d'autonomie et de choix et circonscrite au domaine du privé<sup>211</sup>. Utile au débat qui nous occupe, nous avons fait le choix de développer sa thèse dans les grandes lignes.

#### **a). Un droit essentiellement individuel**

Selon l'auteur, l'individualisme libéral ayant fondé l'approche occidentale des droits de l'homme se retrouve dans la *Charte*, où à l'exception des droits linguistiques et aborigènes, l'individu est l'unité dominante<sup>212</sup>. C'est donc naturel que la religion soit conçue conformément à la structure du constitutionnalisme<sup>213</sup>.

Dans l'arrêt *Big M Drug Mart* (1985), la Cour suprême souligne cet impact de la Charte sur la liberté de religion affirmant que « *[l]a Charte reconnaît à tous les Canadiens le droit de déterminer, s'il y a lieu, la nature de leurs obligations religieuses et l'Etat ne peut prescrire le contraire* »<sup>214</sup>.

Dans l'arrêt *Amselem*, cette conception individuelle et personnelle de la religion est aussi réaffirmée. La Cour rejetant l'idée qu'aux fins de savoir si elle est face à une croyance sincère, elle puisse dépendre des conceptions collectives du précepte religieux<sup>215</sup>.

Dans des affaires concernant des prétentions collectives au droit à la liberté de religion, cette mise en évidence de l'individu apparaît aussi. Dans l'affaire *Ontario c. Adler*<sup>216</sup>, où un groupe de parents soutenait que le financement d'écoles catholiques et le non-financement d'autres écoles religieuses étaient contraire à la liberté de religion et au droit à l'égalité, la Cour juge que chaque parent peut faire le choix d'envoyer son enfant dans une école publique<sup>217</sup>. Selon Berger, la Cour ne semble dès lors pas prendre en compte la dimension collective que pourrait avoir le droit à la liberté de religion dans cette affaire<sup>218</sup>.

---

<sup>211</sup> B.L., BERGER, *op. cit.*, p. 267.

<sup>212</sup> *Ibid.*

<sup>213</sup> *Ibid.*

<sup>214</sup> R. c. *Big M Drug Mart*, R.C.S. 295, 336-337 (1985), § 135, italique ajouté.

<sup>215</sup> B.L., BERGER, *op. cit.*, p. 269.

<sup>216</sup> Cour suprême du Canada, *Adler c. Ontario*, [1996] 3 RCS 609, 21 novembre 1996.

<sup>217</sup> Cour suprême du Canada, *Adler c. Ontario*, [1996] 3 RCS 609, 21 novembre 1996 § 174- 175.

<sup>218</sup> B.L., BERGER, *op. cit.*, p. 271.

## **b). Fondé sur l'autonomie et le choix**

Berger avance que la religion est considérée comme un choix, profondément enraciné dans l'autonomie. La Cour suprême hisse d'ailleurs cette dernière au rang de valeur de la *Charte* défendue par la société canadienne<sup>219</sup>.

On retrouve cette emphase sur l'autonomie et le choix dans l'arrêt *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*<sup>220</sup>. La Cour suprême juge que, bien que la législation concernant le mariage entre personnes de même sexe était constitutionnel, « le fait d'obliger les autorités religieuses à marier des personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses porterait atteinte à la liberté de religion garantie à l'al. 2a) de la Charte »<sup>221</sup>.

## **c). Circonscrit au domaine privé**

Rejoint ici par la professeure *Mary Anne Waldron*<sup>222</sup>, Berger plaide que la religion, dans la pensée libérale, est circonscrite au domaine privé, dans lequel nous sommes sensés être dominés par l'amour et la croyance, contrairement au domaine public, où la raison gouverne<sup>223</sup>. De la même manière, Paul Kahn, professeur à l'université de Yale, développe l'idée selon laquelle la dichotomie publique / privée si chère au libéralisme est une métaphore de la division raison / choix<sup>224</sup>. Selon Berger, le droit constitutionnel canadien assimile la religion selon cette taxonomie public / privé, raison / choix<sup>225</sup>.

Selon l'auteur, dans l'arrêt *Trinity Western*<sup>226</sup>, cette taxonomie apparaît clairement. En l'espèce, le British Columbia College of Teachers avait refusé d'approuver une demande de

---

<sup>219</sup> Cour suprême du Canada, *R. c. Labaye*, [2005] 3 RCS 728, 2005 CSC 80, 21 décembre 2005, § 33.

<sup>220</sup> Cour suprême du Canada, *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 RCS 698, 2004 CSC 79, 9 décembre 2004.

<sup>221</sup> Cour suprême du Canada, *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 RCS 698, 2004 CSC 79, 9 décembre 2004, § 58.

<sup>222</sup> Mary Anne Waldron plaide pour une acceptation de l'expression des croyances dans l'espace public, affirmant qu'on ferait bien de reconnaître ces croyances, se familiariser avec leur diversité et de les comprendre dans leur impact, car elles influencent directement ou indirectement nos choix publics (WALDRON, M. A., « Introduction : Why it Matters ? », *Free to Believe : Rethinking Freedom of Conscience and Religion in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2013, p. 13)

<sup>223</sup> B.L., BERGER, *op. cit.*, p. 279.

<sup>224</sup> *Ibid.*

<sup>225</sup> *Ibid.*

<sup>226</sup> Cour suprême du Canada, *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 RCS 772, 2001 CSC 31, 17 mai 2001.

formations scolaires venant de l'université Trinity Western (« UTW ») au motif que les programmes de formations étaient contraires à l'intérêt public, les membres de la communauté de l'UTW étant tenus de signer un document dans lequel ils acceptaient de s'abstenir de se livrer à des « pratiques que la Bible condamne », comprenant « les péchés sexuels, y compris [...] le comportement homosexuel »<sup>227</sup>. La Cour, considérant que « [l]a liberté de croyance est plus large que la liberté d'agir sur la foi d'une croyance »<sup>228</sup>, juge que le BBCT avait mal fondé sa décision en l'absence de preuve que cette croyance se traduisait par une conduite discriminatoire dans le domaine public<sup>229</sup>. Rien ne permettant d'être sûr que les diplômés de l'UTW ne traiteront pas les personnes homosexuelles « d'une manière équitable et respectueuse »<sup>230</sup>.

La Cour confirme, selon Berger, que le droit s'accommode plus de la religion comme croyance que comme pratique, celle-ci se manifestant dans le public, elle témoigne de l'introduction de l'intérêt dans le domaine de la raison<sup>231</sup>.

Selon Berger, lorsque ces trois aspects sont pleinement considérés, on aperçoit la compréhension éminemment culturelle de la religion par le droit constitutionnel canadien, engoncé dans ses propres engagements normatifs et symboliques, avec le risque adjacent d'exclure la religion comme « culture »<sup>232</sup>.

---

<sup>227</sup> Cour suprême du Canada, *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 RCS 772, 2001 CSC 31, 17 mai 2001, p. 773.

<sup>228</sup> *Ibid.*, § 36.

<sup>229</sup> B.L., BERGER, *op. cit.*, p. 280.

<sup>230</sup> Cour suprême du Canada, *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 RCS 772, 2001 CSC 31, 17 mai 2001, p. 776.

<sup>231</sup> *Ibid.*

<sup>232</sup> B.L., BERGER, *op. cit.*, p. 285.

## **CHAPITRE 4. L'arrêt de la Cour suprême canadienne *Ktunaxa Nation c. Colombie britannique* (02 novembre 2017)**

L'arrêt *Ktunaxa Nation c. Colombie britannique* était très attendu au Canada et pour cause, il constituait la première tentative d'un peuple autochtone canadien de revendiquer son droit à la liberté de religion sur base de l'article 2(a) de la *Charte* à la Cour suprême.

Les expériences comparatives, notamment aux États-Unis, révèlent que jusqu'à aujourd'hui, les revendications religieuses autochtones ne correspondent pas facilement à ce que les tribunaux sont prêts à reconnaître en vertu du droit à la liberté de religion<sup>233</sup>. Ainsi, l'arrêt *Smith*<sup>234</sup>, rendu par la Cour suprême des États-Unis, qui concernait l'usage du peyotl lors de cérémonies religieuses, a vu la Cour suprême réduire sensiblement les possibilités d'exemptions religieuses au droit généralement applicable<sup>235</sup>.

L'arrêt *Lyng*<sup>236</sup>, rendu en 1988, n'est pas plus favorable aux peuples autochtones. En l'espèce, la Cour devait trancher si la liberté de religion était de nature à interdire au gouvernement de construire une route traversant un territoire traditionnel utilisé à des fins religieuses par les membres de plusieurs tribus indiennes<sup>237</sup>. La Cour, bien que sensible à l'idée que la construction de la route litigieuse détruirait virtuellement la possibilité pour les Indiens de pratiquer leur religion avait pourtant jugé qu'aucune disposition constitutionnelle ne permettait de les protéger ; le premier amendement relatif à la liberté de religion ne donnant pas aux individus un droit de veto sur la réalisation des programmes gouvernementaux<sup>238</sup>.

---

<sup>233</sup> D., NEWMAN, « Implications of the *Ktunaxa Nation / Jumbo Valley Case* for Religious Freedom Jurisprudence », *Religious Freedom and Communities*, Toronto, LexisNexis, 2016, p. 309.

<sup>234</sup> Cour suprême des États-Unis, *Employment division department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494, U.S. 872, (1990).

<sup>235</sup> L., HENNEBEL, *Tea-Party à Washington : L'usage de drogues à des fins religieuses devant la Cour suprême des États-Unis*, *Droits fondamentaux*, n°5, décembre 2005, p. 13.

<sup>236</sup> Cour suprême des États-Unis, *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Association*, 485 U.S. 439 (1998).

<sup>237</sup> L., HENNEBEL, *op. cit.*, p. 11.

<sup>238</sup> L., HENNEBEL, *op. cit.*, p. 12.

D'un autre côté, en mars 2017, la Nouvelle Zélande reconnaissait la personnalité juridique d'un fleuve sacré tandis que la Haute Cour d'un État fédéré de l'Inde reconnaissait, quant à elle, le Gange et son affluent, la Yamuna, comme personnes juridiques dotées de droits propres<sup>239</sup>.

Le dénouement dans cette affaire était donc crucial, d'un point de vue national et international, pour les peuples autochtones, mais aussi, pour tous ceux intéressés par les questions touchant au droit à la liberté de religion.

## **Section 1. Les faits**

Le peuple Ktunaxa (prononcé k-too-nah-ha) est un des « peuples autochtones du Canada » au sens de l'article 35 de la loi constitutionnelle de 1982. Leur territoire traditionnel occupe selon eux, 70.000 kilomètres, s'étendant dans la région de Kootenay, dans le sud-est de la Colombie-Britannique<sup>240</sup>.

Dans les années 90, un promoteur immobilier (« Glacier Resorts Ltd. ») a eu l'ambition de construire une station de ski (comprenant un complexe hôtelier de 6250 chambres) dans la vallée Jumbo<sup>241</sup>. Cette dernière notamment utilisée depuis longtemps pour la pratique de l'hélicoptère, se situe dans le territoire traditionnel revendiqué des Ktunaxa. C'est aussi dans cette vallée que se trouve le Qat'muk, montagne sacrée pour le peuple Ktunaxa, car abritant l'esprit de l'Ours Grizzly<sup>242</sup>.

Le promoteur immobilier avait sollicité l'approbation du gouvernement de Colombie-Britannique pour mener à bien son projet. L'ensemble du processus d'approbation réglementaire dura plus de 20 ans, de 1991 à 2011<sup>243</sup>. Les Ktunaxa ont joué un rôle actif à

---

<sup>239</sup> E.A., STEYN, *At the Intersection of Tangible and Intangible: Constructing a Framework for the Protection of Indigenous Sacred Sites in the Pursuit of Natural Resource Development Projects*, Thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Montréal, Septembre 2017, p. 251.

<sup>240</sup> Ktunaxa Nation Council v British Columbia (Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations), SCC File No 36664 (11 July 2016) (Factum of the Appellant, Ktunaxa Nation Council and Kathryn Teneese, on their own behalf and on behalf of all citizens of the Ktunaxa Nation), p.2.

<sup>241</sup> Cour suprême du Canada, Ktunaxa Nation c. Colombie britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations), 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386, 02 novembre 2017, § 12.

<sup>242</sup> Cour suprême du Canada, Ktunaxa Nation c. Colombie britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations), 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386, 02 novembre 2017, § 11.

<sup>243</sup> Cour suprême du Canada, Ktunaxa Nation c. Colombie britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations), 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386, 02 novembre 2017, § 13.

toutes les étapes de ce long processus réglementaire. Des mesures ont notamment été prises pour protéger les grizzlys et les intérêts spirituels des Ktunaxa suite à une consultation qui avait eu lieu au sein du processus<sup>244</sup>.

En 2009, lors d'une réunion sur le projet, les Ktunaxa déclarent qu'il n'est plus possible de trouver un accommodement concernant leurs préoccupations d'ordre spirituel. Lors de cette réunion, ils expliquent qu'ils n'ont pas exprimé cette position avant car seuls certains membres de la communauté considérés comme des gardiens du savoir détiennent cette information et que des préoccupations liées au caractère secret de l'information les empêchaient d'en faire part à autrui<sup>245</sup>. En l'espèce, en 2004, un des aînés de la communauté avait eu une révélation, rendant impossibles toutes installations permanentes sur le Qat'Muk, au risque de dévaluer de manière irrévocable la valeur sacrée du site. Puis, en 2010, ils adoptent une déclaration sur le Qat'muk, confirmant leur inflexibilité au sujet d'un possible accommodement en la matière<sup>246</sup>.

Le Ministre tente, en vain, de poursuivre les consultations. En 2011, celui-ci considère qu'il y a eu des « consultations suffisantes » et donne donc son approbation pour l'aménagement de la station de ski<sup>247</sup>.

## **Section 2. Historique des décisions**

Devant le juge en chambre, les Ktunaxa sollicitaient le contrôle judiciaire de la décision d'approbation du Ministre, dans laquelle ils faisaient valoir que cette décision portait atteinte à leur droit à la liberté de religion (art. 2(a) de la *Charte*) et qu'elle ne respectait pas l'obligation de les consulter et de tenir compte de leurs droits ancestraux tels que reconnus à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

En ce qui concerne l'atteinte alléguée à la liberté de religion, le juge en chambre considère que si l'article 2(a) protège l'individu contre la coercition ou la contrainte exercée par l'État,

---

<sup>244</sup> *Ibid.*, § 41.

<sup>245</sup> *Ibid.*, § 36.

<sup>246</sup> *Ibid.*, § 42.

<sup>247</sup> *Ibid.*, § 43.

il ne protège par contre pas « une perte subjective de sens »<sup>248</sup> en l'absence de contrainte ou de coercion associée à la conduite d'un individu<sup>249</sup>.

Il avait ajouté que, quand bien même son raisonnement concernant l'article 2(a) serait erroné, il y a avait, selon lui, un équilibre raisonnable entre les accommodements proposés par le Ministre et les valeurs sous-jacentes à l'article 2(a) (celles-ci ne permettant de restreindre l'utilisation légale des terres). L'atteinte portée à la liberté de religion ne pouvant dès lors pas être déraisonnable<sup>250</sup>, le juge en chambre avait rejeté la requête.

La Cour d'appel, quant à elle, trouve l'interprétation donnée par le juge en chambre à l'article 2(a) de la *Charte* trop restrictive. Selon la Cour, la preuve de la coercition individuelle n'est pas forcément nécessaire afin d'établir une violation de la liberté de religion. La Cour d'appel affirme que cette dernière renferme un aspect communautaire, lié à la vitalité religieuse de la communauté, qui doit être pris en compte.

Selon la Cour, le bon test consistait à savoir si : « *la perte de sens subjective [entravait] d'une manière plus que négligeable ou insignifiante la dimension collective du droit reconnu à l'al. 2a) en diminuant la vitalité de la communauté religieuse des Ktunaxa par la perturbation des « liens profonds » entre la croyance religieuse invoquée et sa manifestation au sein des institutions collectives des Ktunaxa* »<sup>251</sup>.

Toutefois, la Cour d'appel considère que si la liberté de religion protège la dimension collective de cette dernière, elle ne permet toutefois pas d'exiger d'autres personnes ne partageant pas cette croyance qu'elles modifient leur manière d'agir. Formulée en ces termes,

---

<sup>248</sup> Traduction libre de *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, BCSC 568 CanLII (2014), §299.

<sup>249</sup> *Ibid.*, §51.

<sup>250</sup> *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, BCSC 568 CanLII (2014), § 301.

<sup>251</sup> Cour suprême du Canada, *Ktunaxa Nation c. Colombie britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386, 02 novembre 2017, § 55, italique ajouté ; Traduction de *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, BCCA 352, CanLII (2015), § 67, italique ajouté.

la liberté de religion ne peut donc servir d'épée mais bien juste de bouclier pour les requérants<sup>252</sup>. La Cour d'appel, à son tour, confirme la décision d'approbation du Ministre.

### **Section 3. Questions en litige**

Deux questions sont formulées par la Cour suprême :

- A. La décision du Ministre a-t-elle violé la liberté de conscience et de religion des Ktunaxa ?
- B. Était-il raisonnable de la part du Ministre de décider que la Couronne s'était acquittée de l'obligation de consultation et d'accommodement que lui impose l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle* ?

Ce travail de recherche étant nécessairement limité dans son développement, nous porterons notre attention seulement sur l'analyse accordée à l'article 2a) de la *Charte*.

### **Section 4. Analyse de la question (A) : la décision du Ministre a-t-elle violé la liberté de conscience et de religion des Ktunaxa ?**

#### **§1. La prétention des requérants**

Concernant l'examen d'une potentielle atteinte au droit à la liberté de religion, la Cour suprême souligne que « *la situation des Ktunaxa est la même que celle des plaideurs non autochtones* »<sup>253</sup>. La Cour fait référence à l'analyse d'une violation dans le cadre de l'*article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982*, où la caractéristique d'« autochtonie » du requérant doit être prise en compte.

Nous le savons déjà, les Ktunaxa plaident que le projet de station de ski chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk à tout jamais. Or, l'Esprit étant au coeur de leurs croyances et pratiques religieuses, son départ aurait comme conséquence désastreuse de vider de sens leurs croyances et pratiques mais aussi de profonds impacts sur leur identité et leur capacité à enseigner la spiritualité Ktunaxa aux générations futures<sup>254</sup>. L'aîné de la communauté

---

<sup>252</sup> J., HICKLING, « Religious freedom in the New World ? Indigenous Sacred Sites and Religious Beliefs in the Courts in British Columbia », *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 6, 2017, p. 564.

<sup>253</sup> Cour suprême du Canada, *Ktunaxa Nation c. Colombie britannique ( Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386, 02 novembre 2017, § 58.

<sup>254</sup> *Ktunaxa Nation Council v British Columbia (Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, SCC File No 36664 (11 July 2016) (Factum of the Appelant, Ktunaxa Nation Council and Kathryn Teneese, on their own behalf and on behalf of all citizens of the Ktunaxa Nation), p. 8.

Ktunaxa, Chris Luke, ayant eu la révélation, l'explique en ces termes : « *construction of the ski resort will interrupt their ability to attain spiritual-religious transformation from grizzly to Ktunaxa and back, a transformation 'at the core' of Ktunaxa identity. Spiritual songs, dances and prayers focused on Qat'muk will suffer such that, rather than being expressions of hope and joy and strength, they will become expressions of loss and sadness* »<sup>255</sup>. Selon les Ktunaxa, c'est leur « *cultural security* »<sup>256</sup> et la vitalité de leur communauté dans son ensemble qui est en jeu<sup>257</sup>.

Ils reprochent également au Ministre de ne pas avoir tenu compte de leur droit à la liberté de religion dans sa décision. Selon les Ktunaxa, les motifs fondant la décision d'approbation du Ministre aurait dû contenir une analyse de la revendication fondée sur l'article 2a)<sup>258</sup>.

## **§2. La portée de la liberté de religion**

La Cour rappelle la définition du droit à la liberté de religion donnée dans l'arrêt *Big M Drug Mart*<sup>259</sup>. Elle souligne les deux volets de la définition (la liberté d'avoir une croyance et la liberté de la manifester). Ensuite, elle note que cette approche binaire se retrouve dans plusieurs instruments internationaux. Elle indique qu'il s'agit donc en premier de savoir si la revendication du peuple Ktunaxa s'inscrit dans cette définition de la portée du droit à la liberté de religion<sup>260</sup>.

## **§3. Application en l'espèce**

En premier lieu, la Cour pose le cadre d'analyse tel que formulé dans l'arrêt *Amselem*, pour démontrer qu'il y a une atteinte au droit à la liberté de religion ; le demandeur doit établir (1) qu'il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec la religion et (2)

---

<sup>255</sup> *Ibid.*, p. 7, italique ajouté.

<sup>256</sup> *Ibid.*, p. 8, italique ajouté.

<sup>257</sup> Cour suprême du Canada, *Ktunaxa Nation c. Colombie britannique*( Forests, Lands and Natural Resource Operations), 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386, 02 novembre 2017, § 59.

<sup>258</sup> *Ibid.*, § 60.

<sup>259</sup> voir p. 26 de ce mémoire pour une reproduction de cette définition ; R. c. *Big M Drug Mart*, R.C.S. 295, 336-337 (1985), p. 336.

<sup>260</sup> Cour suprême du Canada, *Ktunaxa Nation c. Colombie britannique*( Forests, Lands and Natural Resource Operations), 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386, 02 novembre 2017, § 67.

que la conduite qu'il reproche à un tiers nuit d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à sa capacité de se conformer à cette pratique ou croyance<sup>261</sup>.

Concernant la sincérité de la pratique ou de la croyance ayant un lien avec la religion, la Cour affirme que « nul ne conteste que les Ktunaxa croient sincèrement en l'existence et l'importance de l'Esprit de l'Ours Grizzly »<sup>262</sup>. Elle précise à cet égard que le caractère ancien ou récent de la croyance ne rentre pas en ligne de compte lors de l'analyse fondée sur l'article 2a).

Concernant le critère d'une *atteinte d'un tiers nuisant d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à sa capacité de se conformer à cette pratique ou croyance*, la Cour considère qu'en l'espèce la revendication des Ktunaxa ne satisfait pas à ce critère.

Selon la Cour, pour pouvoir satisfaire à ce critère, les Ktunaxa devaient démontrer que la décision d'approbation du Ministre concernant la station de ski portait atteinte « *soit à leur liberté de croire en l'Esprit de l'Ours Grizzly, soit à leur liberté de manifester cette croyance* »<sup>263</sup>. Or, en l'espèce, selon la Cour, cette affaire ne porte ni sur la liberté d'avoir une croyance religieuse ni sur la liberté de pouvoir la manifester, « *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* »<sup>264</sup>. Ce qui est sollicité, c'est la protection de l'Esprit lui-même et du sens spirituel que les Ktunaxa lui reconnaissent. Cela revient, selon la Cour, à l'inviter « *à étendre l'al. 2a) au-delà de ce que reconnaît le droit canadien* »<sup>265</sup>. La Cour affirme que l'article 2a) n'a pas vocation à protéger « *l'objet des croyances* »<sup>266</sup>, ce qu'elle appelle « *le point de mire spirituel du culte* »<sup>267</sup>, tel que l'Esprit de l'Ours Grizzly pour les Ktunaxa, mais bien plutôt la liberté de culte.

---

<sup>261</sup> Cour suprême du Canada, Ktunaxa Nation c. Colombie britannique( Forests, Lands and Natural Resource Operations), 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386, 02 novembre 2017, § 68 ; Cour suprême du Canada, Syndicat Northcrest c. Amselem, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47, 30 juin 2004, p. 554

<sup>262</sup> Cour suprême du Canada, Ktunaxa Nation c. Colombie britannique( Forests, Lands and Natural Resource Operations), 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386, 02 novembre 2017, § 69.

<sup>263</sup> *Ibid.*, § 70, italique ajouté.

<sup>264</sup> *Ibid.*, italique ajouté.

<sup>265</sup> *Ibid.*, italique ajouté.

<sup>266</sup> *Ibid.*, § 71, italique ajouté.

<sup>267</sup> *Ibid.*, italique ajouté.

La Cour indique que l'interprétation extensive de l'article 2a) telle que formulée par les Ktunaxa obligerait « l'État et ses tribunaux à juger de la teneur et du bien-fondé de croyances religieuses »<sup>268</sup>. Examen auquel la Cour s'est refusé de se plier dans l'arrêt *Amselem*<sup>269</sup>, et qui a amené la Cour à consacrer la protection de « toute croyance sincère »<sup>270</sup>.

La Cour termine en balayant l'argument des Ktunaxa selon lequel le maintien de l'Esprit de l'Ours Grizzly dans la montagne du Qat'muk était fondamental pour assurer la protection du volet collectif de l'article 2a). Elle considère que ce volet-là doit lui aussi s'inscrire dans le cadre de l'article 2a) et ne peut étendre celui-ci au delà de la liberté d'avoir des croyances et celle de les manifester<sup>271</sup>.

#### **§4. Conclusion**

L'opinion majoritaire (7 contre 2) conclut que la décision du Ministre ne viole pas la liberté de religion des Ktunaxa car leurs revendications ne relèvent pas de l'article 2a). Elle rejette aussi le moyen fondé sur l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le pourvoi est donc rejeté.

#### **Section 5. Opinions partiellement dissidentes des juges Moldaver et Côté:**

Les juges Moldaver et Côté constituent l'opinion partiellement dissidente de cet arrêt. Selon eux, la décision du Ministre d'approbation à l'aménagement a porté atteinte au droit à la liberté de religion garanti aux Ktunaxa par l'article 2a) de la *Charte*. Ils considèrent, en revanche, que le Ministre s'est acquitté de l'obligation de consulter et d'accommoder les Ktunaxa prévue à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

---

<sup>268</sup> *Ibid.*, § 72, italique ajouté.

<sup>269</sup> Cour suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47, 30 juin 2004, § 50.

<sup>270</sup> Cour suprême du Canada, *Ktunaxa Nation c. Colombie britannique* ( Forests, Lands and Natural Resource Operations), 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386, 02 novembre 2017, § 72 ; Cour suprême du Canada, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47, 30 juin 2004, p. 554

<sup>271</sup> Cour suprême du Canada, *Ktunaxa Nation c. Colombie britannique* ( Forests, Lands and Natural Resource Operations), 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386, 02 novembre 2017, § 73 - 74.

## **§1. Analyse de l'article 2a) de la Charte**

### **a). La portée de l'article 2a)**

Le juge Moldaver considère que le droit à la liberté de religion doit, comme tous les droits garantis par la Charte, recevoir une interprétation libérale et idéologique, c'est-à-dire qui vise « à réaliser l'objet de la garantie »<sup>272</sup>. Il précise ensuite ce que signifie cet « objet » tel que défini par la Cour dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd* (1986), celui-ci étant « assurer que la société ne s'ingérera pas dans les croyances intimes profondes qui régissent la perception qu'on a de soi, de l'Humanité, de la nature et, dans certains cas, d'un être supérieur ou différent »<sup>273</sup>.

### **b). la capacité de se conformer à une croyance ou pratique religieuse**

Selon lui, une personne n'a plus la capacité de se conformer à ses croyances ou pratiques religieuses si les pratiques religieuses ne lui permettent plus d'entrer en contact avec l'être divin ou si la croyance n'est plus source d'épanouissement spirituel, ayant perdu toute signification religieuse<sup>274</sup>. De la même manière, il considère que la transmission des croyances et des pratiques aux générations futures, aspect ayant pourtant été considéré comme essentiel par la Cour dans d'autres arrêts, sera également rendue impossible. Poursuivre une tradition vide de sens n'aurait en effet aucune utilité pour la communauté religieuse concernée<sup>275</sup>. Le juge Moldaver confirme que, selon lui, une mesure étatique qui rend vide de sens des croyances ou pratiques religieuses nuit clairement à la capacité d'une personne de se conformer à celles-ci.

Il note que cela est d'autant plus vrai lorsque l'épanouissement spirituel des citoyens passe « par le lien qui les unit au monde concret »<sup>276</sup>. Ce type de mesure étatique devenant dès lors une « réalité » pour les communautés autochtones<sup>277</sup>. Le juge Moldaver note que, au contraire

---

<sup>272</sup> *Ibid.*, § 121.

<sup>273</sup> *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 759

<sup>274</sup> *Ibid.* § 124.

<sup>275</sup> *Ibid.* § 125.

<sup>276</sup> *Ibid.*, § 127.

<sup>277</sup> *Ibid.*

des autres religions où, par exemple, dans les fois judéo-chrétiennes, l'être divin est perçu comme surnaturel, chez les peuples autochtones, le religieux est inextricablement lié au monde réel. C'est la raison pour laquelle une ingérence de l'État peut directement rompre le lien avec l'être divin, et partant ôter toute signification spirituelle aux croyances et pratiques s'y rattachant<sup>278</sup>.

Afin de garantir que l'article 2a) accorde la même protection à toutes les religions, et ce en vertu du principe de neutralité, il est donc crucial de prendre en compte les caractéristiques propres à chaque religion ainsi que les différentes manières pour l'État de nuire à celles-ci<sup>279</sup>.

Enfin, concernant l'approche choisie par l'opinion majoritaire, le juge Moldaver relève que celle-ci risque d'exclure à l'avenir des revendications territoriales autochtones fondées sur la protection de la liberté de religion de l'art. 2a). L'opinion dominante, n'ayant selon lui pas tenu compte du lien primordial unissant la terre et les spiritualités autochtones, caractéristique pourtant unique et centrale des religions autochtones, risque d'empêcher une protection ultérieure par l'article 2a) d'éléments importants de traditions religieuses autochtones<sup>280</sup>.

## **§2. Une mise en balance proportionnée des droits en présence**

Malgré que le juge Moldaver reconnaisse la violation de l'art. 2a) dans le chef des Ktunaxa, il estime cependant que la décision d'approbation du Ministre met suffisamment en balance le droit à la liberté de religion des Ktunaxa et les objectifs de la loi (administrer les terres de la Couronne ainsi que leur aliénation pour l'intérêt public)<sup>281</sup>. Il note que, étant donné que pour les Ktunaxa aucun accommodement n'était possible, le Ministre se trouvait dans une situation très compliquée, « voir impossible »<sup>282</sup>. Soit celui-ci approuvait l'aménagement de la station, réalisant les objectifs qui sont les siens, mais compromettant irrémédiablement le droit à la liberté de religion des Ktunaxa, soit il accordait aux Ktunaxa un droit de veto quant à l'aménagement, ce qui d'une part aurait permis à « un groupe religieux [...] de réglementer l'utilisation d'une vaste étendue de terre publique pour qu'elle se conforme à sa croyance

---

<sup>278</sup> *Ibid.*

<sup>279</sup> *Ibid.*, § 128

<sup>280</sup> *Ibid.*, § 131.

<sup>281</sup> *Ibid.*, § 155.

<sup>282</sup> *Ibid.*, § 154.

religieuse »<sup>283</sup> mais aussi, d'autre part, l'aurait empêché d'atteindre ses objectifs. Vu ce choix difficile auquel était confronté le Ministre, le juge Moldaver conclut que la décision prise par celui-ci était raisonnable car elle restreint le droit à la liberté de religion des Ktunaxa aussi peu que possible<sup>284</sup>.

## **Section 6. Analyse critique : un rendez-vous manqué vers la réconciliation ?**

Après la publication de l'arrêt, de nombreuses voix se sont élevées au sein de la doctrine, dans la presse, pour manifester leur désaccord, leur déception, face à la décision prise par la Cour suprême. C'est ainsi que Kathryn Teneese, présidente du conseil de la Première Nation Ktunaxa, déclarait que «[w]ith this decision, the Supreme Court of Canada is telling every indigenous person in Canada that your culture, history and spirituality, all deeply linked to the land, are not worthy of legal protection from the constant threat of destruction»<sup>285</sup>.

Nous avons fait le choix de mettre en exergue des prises de position que nous considérons particulièrement pertinentes aux fins du débat qui nous occupe.

### **a). Le « point de mire spirituel du culte »**

Senwung Luk, avocat spécialisé dans les revendications autochtones, et Howard Kislowicz, professeur de droit à l'université de Calgary, apportent un avis critique concernant ce que la Cour suprême appelle le « point de mire spirituel du culte ». Ils observent que ce qui semble être la raison sous-jacente à cette règle est la crainte que le droit à la liberté de religion d'un individu ou d'un groupe ne limite de façon disproportionnée la liberté d'autrui<sup>286</sup>. Plus précisément, la Cour suprême ne voudrait pas que le droit à la liberté de religion se mue en une sorte de droit de propriété exerçable contre tous. Et là, poursuivent les auteurs, git l'ampleur du problème pour les communautés autochtones dont les droits fonciers sur leurs

---

<sup>283</sup> *Ibid.*, § 152.

<sup>284</sup> *Ibid.*, § 155.

<sup>285</sup> <https://www.columbiavalleypioneer.com/news/supreme-court-of-canada-dismissed-ktunaxa-case-against-jumbo/>

<sup>286</sup> H., KISLOWICZ & L., SENWUNG, « Ktunaxa Nation : On the « Spiritual Focal Point of Worship » Test », disponible sur [http://ablawg.ca/wp-content/uploads/2017/11/Blog\\_HK\\_SL\\_Ktunaxa.pdf](http://ablawg.ca/wp-content/uploads/2017/11/Blog_HK_SL_Ktunaxa.pdf), 7 Novembre 2017, p. 3.

terres traditionnelles peinent à être reconnus, souvent au prix de longs et coûteux procès<sup>287</sup>. En effet, un titre autochtone n'a été reconnu qu'une seule fois au Canada, à la Nation Tsilhqot'in de la Colombie-Britannique, dans un jugement de la Cour suprême de 2014<sup>288</sup>. Le conflit avait alors duré près de vingt ans et aurait coûté plus de 40 millions de dollars à la nation autochtone en raison de la lourdeur liée à la charge de la preuve<sup>289</sup>. Or, si on regarde la position des groupes religieux dominants au Canada tels que les Anglicans et les Catholiques, on remarque qu'ils ont souvent bénéficié de concessions de terres de l'État sur lesquelles ils ont pu construire leurs structures religieuses. Possédant déjà les terres, ils n'auront probablement pas besoin de revendiquer leur droit de liberté religieuse pour les protéger<sup>290</sup>.

Toujours concernant le droit de propriété, les auteurs font remarquer que, dans l'arrêt *Amsalem* (qui concernait le droit reconnu à des personnes juives orthodoxes, copropriétaires, d'installer des souccahs sur leur balcon), même si l'impact sur les droits de propriété d'autrui était relativement faible, il s'agissait tout de même de pratiques religieuses impliquant des droits de propriété qui ont pu bénéficier d'une protection. Kislowicz et Senwung rappellent à juste titre que la question de savoir si une atteinte peut être justifiée ou pas doit être une étape réservée à l'analyse de la proportionnalité. La Cour suprême avait en effet affirmé qu'il valait mieux concilier les intérêts opposés de l'État dans le cadre d'une analyse basée sur l'article premier plutôt que de mettre des limites internes à la liberté de religion<sup>291</sup>.

Les auteurs sont sceptiques quant à la portée du critère du «point de mire spirituel du culte ». Selon eux, il semble loin d'être évident dans quelle mesure il pourrait s'appliquer à d'autres pratiques religieuses, autochtones ou pas. Par exemple, dans l'affaire des Ktunaxa, la pratique religieuse avait lieu *hors* de la montagne. On peut dès lors se poser la question de savoir quel serait le résultat dans le cas où les pratiques religieuses se passeraient sur la terre concernée. Serait-il possible de soutenir que la Charte protège la *pratique* et donc protège la *terre*, ou

---

<sup>287</sup> *Ibid.*

<sup>288</sup> Cour suprême du Canada, *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 RCS 256, 26 juin 2014.

<sup>289</sup> M., LEBOEUF, « La protection de terres sacrées autochtones remise en question », disponible sur <https://ricochet.media/fr/2036/la-protection-de-terres-sacrees-autochtones-remise-en-question>, 23 novembre 2017.

<sup>290</sup> H., KISLOWICZ & L., SENWUNG, *op. cit.*, p. 3.

<sup>291</sup> Cour suprême du Canada, *Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, 3 avril 1996, § 73.

bien cette pratique serait tout autant vue comme « *point de mire spirituel du culte* » ? Rien n'est moins sûr selon les auteurs<sup>292</sup>.

Concernant la difficulté d'appliquer ce concept à d'autres pratiques religieuses non autochtones, les auteurs choisissent l'exemple de l'Eucharistie chrétienne pour illustrer leur propos. Ce rituel commémorant la dernière Cène du Christ, s'illustre par la « fraction du pain ». Néanmoins, il est intéressant de relever que, si pour les Catholiques, le pain eucharistique, de part la transsubstantiation, devient le corps, la présence réelle de Jésus-Christ et donc partant le point de mire spirituel du culte ; pour les sectes protestantes du christianisme, l'Eucharistie n'a pas cette signification religieuse. La doctrine de la transsubstantiation ne se retrouvant pas chez eux, il semblerait que cela soit plutôt une pratique religieuse. On pourrait donc conclure que pour les Protestants, il ne s'agit pas du point de mire spirituel du culte. Cette distinction, qui peut sembler à première vue anodine, prend, selon les auteurs, tout son sens dans la reconnaissance des droits des personnes souffrant d'allergies ou d'intolérance au gluten et qui plaident pour du pain eucharistique sans gluten<sup>293</sup>.

En effet, l'Église catholique soutient qu'il est nécessaire qu'il y ait du blé dans le pain eucharistique pour la transsubstantiation. Or, si l'on applique le critère du « point de mire spirituel du culte », cela pourrait amener au résultat paradoxal suivant : l'article 2a) de la *Charte* ne permettrait pas à l'Église catholique de se protéger contre des personnes revendiquant des accommodements raisonnables concernant l'intolérance au gluten. Là où les Églises protestantes pourraient invoquer une protection sur base de l'article 2a) pour préserver leur pain à base de blé, l'Eucharistie n'étant pas un « point de mire spirituel du culte » mais bien une pratique religieuse dont la protection s'inscrit dans le cadre de l'article 2a) de la *Charte*<sup>294</sup>. On peut dès lors se poser la question, si finalement la Cour ne risque pas de s'empêtrer dans des enquêtes théologiques qu'elle cherchait tant à éviter depuis de nombreuses années<sup>295</sup> et à devoir, partant, user de justification dans le domaine de la religion.

---

<sup>292</sup> H., KISLOWICZ & L., SENWUNG, *op. cit.* ; L., SENWUNG & NERLAND, K., « Supreme Court: Charter does not protect Ktunaxa sacred site », disponible sur <http://www.oktlaw.com/supreme-court-charter-not-protect-ktunaxa-sacred-site/>, *s.d.*, consulté le 26 juillet 2018.

<sup>293</sup> H., KISLOWICZ & L., SENWUNG, *op. cit.*, p. 4.

<sup>294</sup> *Ibid.*

<sup>295</sup> H., KISLOWICZ & L., SENWUNG, *op. cit.*, p. 4.

Aussi, les défenseurs de la cause autochtone voient dans l'approche choisie par la Cour suprême un rendez-vous manqué vers la réconciliation, se manifestant par une prise de distance face à l'attitude de réconciliation qui semblait pourtant animer les décisions antérieures de la Cour<sup>296</sup>.

Les groupes autochtones étant, comme l'avait souligné le Juge Moldaver, indéniablement les plus directement touchés par cette nouvelle jurisprudence, cela semble aller à l'encontre de tout effort de réconciliation entre les groupes autochtones et le Canada<sup>297</sup>.

**a). « *A failure of imagination* »**

Pour David Laidlaw, actuellement engagé dans des recherches sur les questions autochtones pour l'Institut canadien du droit des ressources (CIRL), la décision de la Cour représente « [*a] failure of imagination* »<sup>298</sup>. Selon lui, dans des affaires aussi exceptionnelles que celle-ci, qui constitue la première affaire dans laquelle la Cour est amenée à considérer les croyances spirituelles autochtones au regard de l'article 2*a*) de la *Charte*, la Cour était obligée de faire preuve d'imagination pour trancher le débat qui les occupent<sup>299</sup>. Il note qu'il y a dans la jurisprudence du Commonwealth des précédents traitant des objets sacrés. Il évoque l'arrêt *Pramatha Nath Mullick vs Pradyumna Kumar Mullick*<sup>300</sup> (1925), qui concernait une contestation sur l'emplacement d'une idole hindoue consacrée et vénérée par une famille élargie. Dans cette affaire, le Conseil Privé (autrefois tribunal d'appel ultime pour les pays faisant partie du Commonwealth) décide d'accorder la personnalité juridique à l'idole. Cette idole était un objet mobile, mais comme nous le verrons, des objets non-mobiles se sont déjà vu reconnaître une personnalité juridique. Le Conseil privé ordonna aussi la nomination d'un « ami proche », c'est-à-dire une personne autorisée à représenter les intérêts de l'idole<sup>301</sup>.

---

<sup>296</sup> L., SENWUNG & K., NERLAND, *op. cit.*

<sup>297</sup> H., KISLOWICZ & L., SENWUNG, *op. cit.*, p. 4.

<sup>298</sup> D., LAIDLAW, « Silencing the Qat'muk Grizzly Bear Spirit » disponible sur [https://ablawg.ca/wp-content/uploads/2017/11/Blog\\_DL\\_Ktunaxa.pdf](https://ablawg.ca/wp-content/uploads/2017/11/Blog_DL_Ktunaxa.pdf), 6 Novembre 2017.

<sup>299</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>300</sup> Bombay High Court, *Pramatha Nath Mullick vs Pradyumna Kumar Mullick*, (1925) 27 BOMLR 1064, 28 April, 1925.

<sup>301</sup> D., LAIDLAW, *op. cit.*, p. 4.

Selon l'auteur, la Cour suprême aurait pu suivre l'approche retenue par le Conseil privé. Reconnaître une personnalité juridique à l'Esprit de l'Ours Grizzly, nommer une personne chargée de représenter ses intérêts et puis renvoyer la décision au Ministre pour qu'une consultation additionnelle qui tienne compte des observations de l'Esprit de l'Ours Grizzly puisse avoir lieu. L'auteur suggère que cette reconnaissance aurait eu le mérite de faire progresser l'objectif de réconciliation en montrant aux peuples autochtones qu'il y a une véritable reconnaissance au sein du droit canadien de leur lien culturel et spirituel fondamental avec le territoire<sup>302</sup>.

### c) Et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones ?

Comme le relève Peter Grant, l'avocat du peuple Ktunaxa dans l'affaire, bien que la Cour fasse référence à plusieurs traités internationaux, elle semble oublier la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones<sup>303</sup>. Un article de la Déclaration aurait pourtant été particulièrement pertinent dans le cadre de l'affaire, l'article 25 stipulant que « les peuples autochtones ont le droit de conserver et de renforcer leurs *liens spirituels particuliers* avec les terres, territoires [...] et d'assumer leurs responsabilités en la matière à l'égard des générations futures ».

Deux mois avant le prononcé de l'arrêt *Ktunaxa Nation*, le Premier Ministre de la Colombie-Britannique, John Horgan, avait fait une déclaration pour les 10 ans de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones. Il y déclare : « *[o]ur government fully recognizes that the declaration is essential to the future of Indigenous peoples here in British Columbia. That is why we are committed to working in partnership with Indigenous peoples to embrace and implement UNDRIP* »<sup>304</sup>. Face à cette déclaration, ainsi que celle de 2016 dans laquelle le Canada reconnaissait qu'il était désormais «un garant absolu de la Déclaration, sans réserve», il n'est que surprenant que dans son analyse la Cour n'ait pas fait, à aucun moment, mention de cette dernière.

---

<sup>302</sup> *Ibid.*

<sup>303</sup> C., BELLRICHARD, « Ktunaxa profoundly disappointed but undeterred by Supreme Court ruling » disponible sur <https://www.cbc.ca/news/indigenous/supreme-court-canada-ktunaxa-1.4385234>, 3 novembre 2017

<sup>304</sup> Statement from Premier John Horgan on the 10th anniversary of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 13 Septembre 2017, disponible sur : <https://news.gov.bc.ca/releases/2017PREM0083-001562>, italique ajouté.

## Partie 3. Pistes de réflexion

---

### Chapitre 5. Tendances récentes pouvant permettre une plus grande protection des sites sacrés autochtones

Après l'arrêt *Ktunaxa Nation*, est-il dès lors vain pour les peuples autochtones de chercher une protection de leurs lieux sacrés au regard du droit à la liberté de religion ? N'y a-t-il pas d'autres chemins juridiques, d'autres pistes à emprunter pour espérer une protection de leurs lieux sacrés ?

C'est ce que nous allons tenter de mettre en lumière dans ce dernier chapitre, en analysant notamment les avancées du droit de la Nature. Bien que celui-ci en tant que tel semble a priori dépasser quelque peu le cadre de ce travail de recherche, mettre en lumière les dernières avancées pertinentes pour les peuples autochtones semble pourtant opportun, celles-ci pouvant constituer une sérieuse alternative pour ces derniers.

Comme nous l'avons déjà fait remarquer au chapitre précédent, quelques mois avant le prononcé de l'arrêt *Ktunaxa Nation*, le 20 mars 2017, la Nouvelle-Zélande reconnaissait la personnalité juridique d'un fleuve en même temps que la Haute Cour d'un État fédéré de l'Inde reconnaissait le Gange et son principal affluent, la Yamuna, comme personnes juridiques dotées de droits propres<sup>305</sup>. Nous allons donc d'abord analyser d'un peu plus près le sens, la portée de ces reconnaissances juridiques afin de comprendre leur réelle pertinence à l'aune du débat qui nous occupe. Avant de conclure ce chapitre, nous nous risquerons à un dernier exercice de droit comparé, illustrant un pas de plus franchi dans la reconnaissance des sociétés traditionnelles comme force motrice de démocratie, citons : la consécration des cosmovisions autochtones dans les constitutions boliviennes et équatoriennes.

---

<sup>305</sup> *Mohd. Salim vs. State of Uttarakhand & others*, Writ Petition (PIL) No. 126 of 2014, High Court of Uttarakhand at Nainital, March 20, 2017 ; E.A., STEYN, *At the Intersection of Tangible and Intangible: Constructing a Framework for the Protection of Indigenous Sacred Sites in the Pursuit of Natural Resource Development Projects*, Thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Montréal, Septembre 2017, p. 251.

## Section 1. L'exemple néo-zélandais : le fleuve Whanganui

Le fleuve Whanganui est le troisième plus long cours d'eau de Nouvelle-Zélande. Dans la cosmologie Maorie, il a, au même titre que les animaux, plantes, rivières, montagnes, lacs, des liens de parenté avec les êtres humains, étant tous perçus comme des enfants de la Terre Mère et méritant à ce titre d'être respectés<sup>306</sup>.

Néanmoins, le fleuve Whanganui renferme un caractère particulier selon les croyances des Maoris. Le fleuve est vu comme un médecin, un prêtre, comme une personne fournissant protection et nourriture mais aussi comme un ancêtre, un parent âgé<sup>307</sup>. Le fleuve a aussi son propre principe de vie et sa personnalité que les hommes sont tenus de respecter afin de garantir l'harmonie entre l'homme et la nature<sup>308</sup>. Un principe de vie qui se distingue de celui articulant l'ensemble de l'écosystème que le fleuve forme tout autour de lui ; ceci venant confirmer l'idée d'une personnalité distincte du fleuve Whanganui<sup>309</sup>. Des sites sacrés se matérialisent aussi le long du fleuve sous forme de lieux de baptême, de guérison, de purification, où le peuple Maoris considère que les esprits d'ancêtres communient avec ceux du fleuve<sup>310</sup>.

Le contexte dans lequel s'inscrit la défense du fleuve Whanganui se caractérise par un moment-clé qui est la signature du *Traité de Waitangi* en 1840. Celui-ci, signé entre les chefs Maoris et le gouvernement britannique garantissait notamment aux Chefs Maoris une pleine possession de leurs terres et de leurs biens<sup>311</sup>. Néanmoins, par la suite, le gouvernement britannique ne tarde pas à introduire la notion de droit de propriété : le fleuve jusque-là entité spirituelle devenant de ce fait objet de droit<sup>312</sup>.

---

<sup>306</sup> V., DAVID, « La nouvelle vague des droits de la nature : La personnalité juridique reconnue aux fleuves Whanganui, Gange et Yamuna », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 42, n°3, 2017, p. 412.

<sup>307</sup> *Ibid.*

<sup>308</sup> *Ibid.*

<sup>309</sup> *Ibid.*

<sup>310</sup> *Ibid.*

<sup>311</sup> *Ibid.*, p. 414.

<sup>312</sup> *Ibid.*

Par la suite, les tribus riveraines du fleuve tentent, en vain, de s'opposer de diverses manières aux activités ou infrastructures mises en place par le gouvernement autour et sur le fleuve. Fin des années 30, l'application du Traité de Waitangi est revendiquée par la communauté Maoris et ce afin de récupérer ses droits ancestraux sur l'ensemble du fleuve<sup>313</sup>. Commence alors une longue bataille judiciaire dont l'aboutissement est le *Royal Assent* donné au projet de loi *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement)*<sup>314</sup> le 20 mars 2017.

Cette loi, qui vient confirmer un accord intervenu le 5 août 2012 entre le gouvernement néo-zélandais et le peuple Maoris, reconnaît la personnalité juridique de *Te Awa Tupua* : celui-ci doit être entendu comme « une entité vivante et indivisible constituée du fleuve Whanganui, de sa source dans les montagnes à son embouchure, en incluant tous ses éléments physiques et métaphysiques »<sup>315</sup>. Le fleuve Whanganui se voit reconnaître des droits, des devoirs et des responsabilités<sup>316</sup>. Le caractère spirituel du fleuve, le fait qu'il soit source de subsistance pour les communautés autour, ainsi que le lien spécial qui unit ces dernières au fleuve, sont aussi explicitement reconnus dans la loi<sup>317</sup>.

La loi a aussi vocation à transférer la pleine propriété des parts du lits du fleuve appartenant à l'État à *Te Awa Tupua*<sup>318</sup>. Il est intéressant néanmoins de noter que la loi préserve une série de droits existants tels que les droits de propriété privée précédemment acquis sur le fleuve, les droits d'utilité publique et d'accès au fleuve<sup>319</sup>. Reconnaître une personnalité juridique à la nature n'entrave donc pas toute interférence humaine.

Enfin, la loi néo-zélandaise, comme dans l'arrêt *Pramatha Nath Mullick vs Pradyumna Kumar Mullick*<sup>320</sup>, prévoit des organes chargés de veiller aux intérêts du fleuve et de le représenter dans ses relations avec les autres.

---

<sup>313</sup> *Ibid.*, p. 415.

<sup>314</sup> *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017*, 20 mars 2017.

<sup>315</sup> Article 12, *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017*, 20 mars 2017.

<sup>316</sup> SANDERS, K., « 'Beyond Human Ownership'? Property, Power and Legal Personality for Nature in Aotearoa New Zealand », *Journal of Environmental Law*, vol. 30, n°2, 2017, p. 17.

<sup>317</sup> Article 13, *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017*, 20 mars 2017.

<sup>318</sup> Article 10, (f), *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017*, 20 mars 2017.

<sup>319</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>320</sup> Bombay High Court, *Pramatha Nath Mullick vs Pradyumna Kumar Mullick*, (1925) 27 BOMLR 1064, 28 April, 1925.

Avant d'aborder la problématique indienne, il convient de souligner que cette reconnaissance juridique du fleuve Whanganui s'inscrit dans un cadre juridique néo-zélandais plus global, et qui depuis quelques années fait preuve d'ouverture et d'inclusion à l'égard des peuples autochtones et de leur culture<sup>321</sup>. C'est ainsi qu'à de nombreuses reprises, la jurisprudence néo-zélandaise a affirmé que la « vitalité religieuse » des peuples autochtones était liée de manière inextricable à certains lieux naturels sacrés et que ces derniers devaient à ce titre jouir d'une protection légale<sup>322</sup>.

## **Section 2. L'exemple indien : le Gange et la Yamuna**

Le Gange, fleuve du Nord de l'Inde, ainsi que son affluent, la Yamuna, sont sacrés pour des centaines de millions d'Indiens, et plus particulièrement pour les Hindous. Sur leurs parcours, long de plusieurs milliers de kilomètres, se trouvent notamment des villes saintes où des millions de gens viennent y plonger leur corps en quête de purification<sup>323</sup>. Lors de la Kumbh Mela (littéralement « fête de la jarre sacrée»), plus grand rassemblement pacifique de pèlerins au monde se déroulant tous les 4 ans, des millions de personnes viennent s'immerger dans la rivière sacrée<sup>324</sup>. Source de substance pour près de 500 millions de personnes qui en dépendent directement, le Gange fournit aussi près de 40% de la population de l'Inde en eau<sup>325</sup>.

Le Gange est également le fleuve le plus pollué au monde et c'est à ce titre que des revendications liées à sa protection ont émergé et ont donné lieu, entre autres, à l'arrêt rendu par la Haute Cour de Nainital, le 20 mars 2017<sup>326</sup>. A l'origine de cet arrêt, une plainte d'un citoyen faisant usage du *Public Interest Litigation* (PIL), instrument juridique largement utilisé en Inde en matière de droit de l'environnement. Il permet à toute personne de saisir la justice, par tout moyen matériel<sup>327</sup>. Les requêtes fondées sur le PIL ont souvent été bien

---

<sup>321</sup> N., BAKHT et L., COLLINS, «The Earth is Our Mother»: Freedom of Religion and the Preservation of Indigenous Sacred Sites in Canada », *McGill Law Journal*, vol. 62, n°3, 2017, p. 783.

<sup>322</sup> *Ibid.*

<sup>323</sup> V., DAVID, « La nouvelle vague des droits de la nature : La personnalité juridique reconnue aux fleuves Whanganui, Gange et Yamuna », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 42, n°3, 2017, p. 413.

<sup>324</sup> <https://ich.unesco.org/fr/RL/la-kumbh-mela-01258>, consulté la dernière fois le 2 août 2017.

<sup>325</sup> V., DAVID, *op. cit.*, p. 413.

<sup>326</sup> O'DONNELL, E.L., « At the Intersection of the Sacred and Legal: Rights for Nature in Uttarakhand, India », *Journal of Environmental law*, vol. 30, n°1, 2018, p. 136.

<sup>327</sup> V., DAVID, *op. cit.*, p. 417.

accueillies par la Cour suprême et autres Hautes Cours d'États fédérés, donnant raison aux plaignants. Ce faisant, elles ont permis au droit de l'environnement de progresser, parfois au risque d'essuyer la critique de faire preuve d'activisme juridique<sup>328</sup>.

On peut aussi relever que les juridictions indiennes font preuve d'imagination et d'ouverture dans leurs décisions, ayant déjà à maintes reprises reconnu des personnalités juridiques à différents éléments naturels mais aussi aux divinités et à leurs représentations matérielles sous forme d'idoles<sup>329</sup>.

La décision du 20 mars 2017 de la Haute Cour de Nainital s'inscrit dans cette jurisprudence particulière. Les juges, très préoccupés de la pollution grandissante du Gange, de l'inaction des autorités fédérées et au regard de l'importance hautement spirituelle du Gange et de la Yamuna, menacent d'appliquer l'article 365 de la Constitution<sup>330</sup>. Celui-ci permettant que les gouvernements fédérés qui ne respectent pas les décisions prises par le gouvernement central puissent être destitués par le président<sup>331</sup>. La Cour, faisant usage de l'article 51A,(g) de la Constitution instituant le devoir de « protéger et améliorer l'environnement naturel, y compris les forêts, les lacs, les rivières et la vie sauvage, et d'avoir de la compassion pour les créatures vivantes »<sup>332</sup>, conclut qu'il s'impose, pour protéger les deux fleuves, de les reconnaître comme personnes juridiques, titulaires de droits, de devoirs et de responsabilités<sup>333</sup>. Tout comme dans l'affaire du Whanganui, la Cour nomme des représentants humains chargés de veiller aux intérêts des deux fleuves et de les représenter dans leurs rapports avec les entités publiques et privées<sup>334</sup>.

---

<sup>328</sup> *Ibid.*

<sup>329</sup> V., DAVID, *op. cit.*, p. 418.

<sup>330</sup> Article 365, The Constitution of India, 26 November 1949 : « *Where any State has failed to comply with, or to give effect to, any directions given in the exercise of the executive power of the Union under any of the provisions of this Constitution, it shall be lawful for the President to hold that a situation has arisen in which the Government of the State cannot be carried on in accordance with the provisions of this Constitution* ».

<sup>331</sup> V., DAVID, *op. cit.*, p. 419.

<sup>332</sup> Traduction libre de l'Article 51, A(g), The Constitution of India, 26 November 1949.

<sup>333</sup> V., DAVID, *op. cit.*, p. 420.

<sup>334</sup> *Ibid.*, p. 421.

### Section 3. La consécration des cosmovisions autochtones dans les constitutions boliviennes et équatoriennes

En 2008 pour l'Équateur, en 2009 pour la Bolivie, des nouvelles constitutions étaient approuvées par référendums. Celles-ci se sont par la suite rendues célèbres sur la scène internationale car elles traduisaient notamment une inclusion des cosmovisions autochtones dans le cadre constitutionnel<sup>335</sup>. La notion de « bien vivre » (« *sumak kawsay* »<sup>336</sup> en Équateur et « *suma qamaña* »<sup>337</sup> en Bolivie ) est notamment centrale dans les deux Constitutions et apparaît comme « un paradigme de société soutenable basé sur l'alliance équilibrée et équitable entre l'économie et la Nature »<sup>338</sup>. On observe un changement de paradigme, celui-ci autrefois anthropocentré devient éco-centré<sup>339</sup>.

Cela se traduit de manières différentes dans les deux Constitutions. En Équateur, la Nature se voit reconnaître le statut de personne juridique à part entière ; là où en Bolivie, bien que plusieurs articles du texte semblent aller dans ce sens, ce n'est pas aussi explicite. Néanmoins, la Constitution bolivienne donne la possibilité à tout citoyen d'agir au nom de toutes les entités vivantes et donne compétence au tribunal agro-environnemental pour les requêtes en cette matière<sup>340</sup>.

D'un point de vue plus concret, on remarque dans les deux pays une certaine matérialisation des nouvelles Constitutions<sup>341</sup>. Cela a pris la forme d'un projet de loi en Équateur, plaidant

---

<sup>335</sup> J., CANOVAS et J., BARBOSA, « Enjeux et défis de la consécration constitutionnelle des cosmovisions autochtones dans la protection de l'environnement : regards croisés entre Bolivie et Equateur » *Changements environnementaux globaux et Droits de l'homme*, C., COURNIL . et C., COLARD-FABREGOULE, (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 539.

<sup>336</sup> Préambule de la Constitution de la République de l'Equateur du 28 Septembre 2008.

<sup>337</sup> Article 8 de la Constitution de 2009 de l'État plurinational de Bolivie du 7 février 2009.

<sup>338</sup> P. C., BENALCAZAR, « El Buen Vivir, más allá del desarrollo, La nueva perspectiva constitucional en Ecuador », *El Buen Vivir, una vía para el desarrollo*, A., ACOSTA et E. MARTÍNEZ (dir.), Quito, Ediciones Abya Yala, 2009, p. 137., cité par J., CANOVAS et J., BARBOSA, *op. cit.*, p. 539

<sup>339</sup> J., CANOVAS et J., BARBOSA, *op. cit.*, p. 540.

<sup>340</sup> Article 108-16 : « *Proteger y defender un medio ambiente adecuado para el desarrollo de los seres vivos* » et article 189 de la Constitution bolivienne : « *Son atribuciones del Tribunal Agroambiental, además de las señaladas por la ley:*

*1. Resolver los recursos [...] en las [...] demandas sobre actos que atenten contra la fauna, la flora, el agua y el medio ambiente; y demandas sobre prácticas que pongan en peligro el sistema ecológico y la conservación de especies o animales* ».

<sup>341</sup> J., CANOVAS et J., BARBOSA, *op. cit.*, 543.

pour une non-extraction du pétrole dans une zone peuplée par divers peuples autochtones d'Amazonie<sup>342</sup>. En Bolivie, c'est à Cochabamba que s'est tenue en 2010 la conférence mondiale des peuples sur le changement climatique et les droits de la Terre Mère. Celle-ci a permis d'adopter la *Ley de Derechos de la Madre Tierra* (« la Loi des droits de la Terre Mère »)<sup>343</sup>, érigeant la Nature en sujet de droit<sup>344</sup>.

Bien qu'il soit encore trop tôt pour mesurer les véritables effets concrets de ces différentes mesures, s'inscrivant toutes dans des cadres juridiques différents, il est indéniable que ces avancées historiques, qu'elles soient jurisprudentielles ou constitutionnelles, témoignent de l'influence grandissante des sociétés traditionnelles dans l'émergence d'un droit de l'environnement novateur qui, au contraire d'affaiblir les droits de l'homme, pourrait venir les enrichir. Ces innovations juridiques sont aussi plus proches du rôle de « gardien » dont beaucoup de peuples autochtones se sentent dépositaires. Elle permettent donc d'aborder le droit sous un angle bien moins anthropocentré et d'apporter des outils concrets permettant une réelle prise en compte de l'altérité religieuse et culturelle dans une société démocratique.

---

<sup>342</sup> Bien que l'analyse du projet de loi dépasse le cadre de ce mémoire, il est pertinent de signaler que cette initiative (appelée « Initiative Yasuni-ITT ») qui proposait de laisser une partie intacte du brut dans le sous-sol du parc national Yasuni en échange d'une contribution internationale a été abandonné en août 2013, sous la pression des lobbys pétroliers et du au manque d'intérêt des pays du Nord. Il n'en reste pas moins une tentative de l'Équateur de s'aligner avec sa Constitution de 2008.

<sup>343</sup> Ley de Derechos de la Madre Tierra del 21 de Diciembre, 2010.

<sup>344</sup> Art. 5, Ley de Derechos de la Madre Tierra del 21 de Diciembre, 2010.

## Conclusion

Nous voilà arrivés au bout de notre réflexion. La première partie de ce travail appréhendait les lieux sacrés autochtones et leur protection en droit international.

Le premier chapitre de ce travail de recherche nous a amenés à tenir compte de la nécessité d'être conscients des traditions culturelles et religieuses des peuples autochtones, d'un point de vue épistémologique et ontologique, ce avant même toutes considérations juridiques. Une approche moins anthropocentrée a aussi vocation à éviter le danger qui consiste bien trop souvent à essentialiser, voire même à folkloriser les conceptions autochtones.

Nous avons mis en exergue le lien hautement spirituel, religieux que les peuples autochtones peuvent, chacun à leur manière, entretenir avec la Terre. À la différence des religions majoritaires, où les lieux sacrés sont souvent construits, dans les diverses conceptions autochtones, c'est la Terre elle-même qui est sacrée, pour différentes raisons. C'est pourquoi elle doit être honorée au travers de différents rituels et pratiques religieuses. Ces dernières, indispensables pour assurer la sécurité culturelle et la vitalité religieuse de ces communautés, s'accompagnent souvent d'un devoir de protection ; les communautés autochtones s'attribuant dès lors un rôle de « gardien » de la Terre Mère.

Dans notre deuxième chapitre, nous avons pu observer que le droit international avait fait des progrès en la matière. Grâce à l'interprétation donnée par différents comités des Nations Unies, dont le Comité des Droits de l'Homme et le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale des Nations Unies aux différentes termes des Déclarations des Nations Unies et autres traités onusiens ; ce qui a souvent permis d'englober les peuples autochtones dans les protections visées dans les articles.

Dans le cadre de la jurisprudence internationale, nous pouvons souligner l'approche particulièrement audacieuse de la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme qui, dans nombreuses de ses décisions, a rappelé l'importance significative du territoire et de l'environnement pour la culture, l'identité, la spiritualité et l'intégrité des peuples autochtones.

Les Commissions régionales ont aussi contribué à rendre visible le lien significatif entre territoires autochtones et liberté de religion. Nous nous étions à cet égard attardés sur l'affaire *Endorois c. Kenya* qu'a eu à connaître la Commission africaine des Droits de l'Homme et des peuples et qui lui a permis de permettre une protection de lieux sacrés autochtones au regard du droit à la liberté de religion.

Aussi, le développement d'un corpus croissant d'instruments de soft law en la matière est source d'optimisme pour les peuples autochtones. Prenant parfois la forme de véritables directives, telles que *Les lignes directrices Akwé : kon*, elles peuvent constituer des outils concrets pour les gouvernements nationaux dans leur démarche de protection des sites sacrés.

Notre deuxième partie constituait la porte d'entrée vers le Canada et l'arrêt *Ktunaxa Nation*.

Dans le premier chapitre, nous avons fait un détour par l'histoire des persécutions religieuses dont ont été victimes les peuples autochtones du Canada afin de mieux comprendre l'objet des revendications d'aujourd'hui. Si ces peuples ont ainsi indéniablement fait l'objet de nombreuses inégalités religieuses durant l'époque coloniale, le Canada a depuis quelques années entrepris le long chemin de la réconciliation ; ce grâce à la Commission de Vérité et Réconciliation, qui a d'ailleurs à cet égard réalisé un travail colossal. Une réconciliation rendue aussi possible grâce à une véritable résurgence de la spiritualité autochtone liée notamment à la transmission par les Anciens d'histoires au coeur de l'épistémologie autochtone.

Nous nous sommes ensuite risqués sur le terrain de la liberté de religion telle que circonscrite dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Nous avons ainsi pu examiner sa portée, ses éléments constitutifs, son cadre d'analyse. Nous avons pu relever que, dans le cadre particulier des revendications autochtones, les revendications en terme de lieux sacrés au regard de la liberté de religion sont récentes, timides et ont souvent échoué. De nombreux auteurs apportent une critique intéressante en la matière. Notamment le professeur *Benjamin Berger*, pointant la dimension éminemment culturelle du droit constitutionnel canadien, affirme que ce dernier approche la liberté de religion comme quelque chose d'essentiellement individuel, expression de l'autonomie et le choix d'un individu, circonscrite au domaine du privé. Ce carcan culturel peut, pour quelques auteurs, empêcher une protection des lieux

sacrés autochtones dans le cadre de la liberté de religion aux termes de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Notre quatrième chapitre était exclusivement consacré à l'analyse de l'arrêt *Ktunaxa Nation c. Colombie britannique*, rendu le 02 novembre 2017 par la Cour suprême du Canada. Un arrêt d'une importance sans précédent pour les communautés autochtones mais aussi pour tous les défenseurs de la liberté de religion ; celui-ci constituant la première tentative d'un peuple autochtone de revendiquer son droit à la liberté de religion sur base de l'article 2(a) de la *Charte* devant la Cour suprême du Canada.

Le peuple Ktunaxa, voulant protéger l'Esprit de l'Ours Grizzly de la possible construction d'une station de ski sur la montagne où l'Esprit de l'Ours réside depuis des millénaires, s'est vu refuser une protection de celui-ci à l'aune de l'article 2(a).

Les juges, avant même d'aborder toutes considérations liées à la proportionnalité de l'atteinte, ont jugé que ce que le peuple Ktunaxa tentait de protéger n'était pas tant leurs pratiques religieuses en tant que telles, mais bien l'objet des croyances ; ce que la Cour appelle « le point de mire spirituel du culte ». Vouloir que ce dernier puisse être digne de protection sous l'égide de l'article 2(a) de la *Charte* reviendrait, selon la Cour, à étendre la portée de la protection de la liberté de religion dans une mesure incompatible avec les valeurs de la *Charte canadienne* ; la Cour ayant affirmé à plusieurs reprises qu'elle se refusait à devenir l'arbitre des pratiques religieuses en plongeant à bras ouverts dans des considérations théologiques.

Les juges Moldaver et Côté ont néanmoins livré une opinion partiellement dissidente dans le jugement. Selon le juge Moldaver, permettre une mise en péril de l'objet des croyances revient concrètement à les empêcher d'exercer leurs pratiques religieuses en tant que telles, étant donné que ces dernières se retrouvent vidées de toute signification spirituelle. De plus, il note que cette approche risque d'exclure spécialement les peuples autochtones d'une protection sous la liberté de religion ; ceux-ci ayant bien souvent des pratiques, rites et traditions religieuses en lien avec la Terre, un objet des croyances réel, matériel, pouvant, comme les expériences du passé nous l'ont démontré, être source d'appropriation, d'expropriation et parfois même souvent de destruction.

Nous avons tenu à terminer ce chapitre en développant quelques critiques qui avaient été émises à l'égard de l'arrêt *Ktunaxa Nation* par quelques experts en la matière. Pour certains, il est indéniable que cet arrêt s'éloigne du devoir de réconciliation qui doit pourtant animer les décisions de la Cour. Et bien que le critère du point de mire spirituel semble un danger en ce qu'il semble, comme le faisait remarquer le juge Moldaver, stigmatiser les peuples autochtones, il n'est pas moins sûr qu'il ne sera pas source de difficultés pour les autres religions majoritaires. David Laidlaw, quant à lui, regrette que la Cour n'ait pas fait usage du droit de la Nature, de ces derniers développements, en reconnaissant l'Esprit de l'Ours Grizzly comme sujet de droit et partant, digne d'être à ce titre présent à la table des négociations.

C'est en suivant ce raisonnement que nous avons voulu aborder notre troisième et dernière partie, qui s'ouvrait sur de nombreuses pistes de réflexion.

Ainsi, au travers des cas de la reconnaissance de la personnalité juridique des fleuves Whanganui, Gange et Yamuna en Nouvelle-Zélande et en Inde, mais aussi de manière encore plus importante, en Équateur et en Bolivie, au travers de la consécration des cosmovisions autochtones dans leurs constitutions respectives, nous avons observé dans le troisième chapitre que le droit de l'environnement pouvait venir prêter main forte aux peuples autochtones de la planète pour la protection de leurs lieux sacrés.

Si à l'heure actuelle, le droit à la liberté de religion semble, au Canada du moins, un impossible allié des peuples autochtones dans leur lutte pour la protection de leurs lieux sacrés et bien qu'il soit trop tôt pour se réjouir des réelles apportées de nouveaux développements du droit de la Nature, nous osons penser que ces derniers constitueront à l'avenir un levier de poids pour les peuples autochtones de ce monde et permettront d'appréhender la Terre, comme l'exprime le théologien Thomas Berry, non pas une comme une « collection d'objets » mais plutôt comme « une communion de sujets ».

# **Bibliographie :**

## **I. Législation**

### **A. Niveau international**

- Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.
- Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965.
- Pacte international relatif aux droits civils et politique du 16 décembre 1966.
- Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966.
- Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981.
- Convention n°169 de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux du 27 juin 1989.
- Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement du 5 juin 1992 (Rio de Janeiro).
- Convention sur la diversité biologique de l'ONU du 5 juin 1992 (Rio de Janeiro).
- Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel du 17 octobre 2003.
- The Playa del Carmen Declaration on Indigenous Spirituality, Nature and Sacred Sites of April 2005.
- Tokyo Declaration on Sacred Natural Sites and Territories of June 2005.
- Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones du 13 septembre 2007.
- Déclaration universelle des droits de la Terre-Mère du 27 avril 2010.

## **B. Niveau national**

### **a). Canada**

- Act to Amend and Consolidate the Laws Affecting Crown Land in British Columbia, SBC 1874, No 2 ( 37 Vict), s 3.
- Loi modifiant la Loi des Indiens, S.C. 1940-41, c. 19 (4-5 Geo. VI).
- Charte canadienne des droits et libertés de 1982.
- Loi constitutionnelle de 1982.
- Convention de Règlement Relative aux Pensionnats Indiens adoptée le 8 mai 2006.
- Annexe N de la Convention de Règlement Relative aux Pensionnats Indiens adoptée le 8 mai 2006, relative au mandat de la Commission de Vérité et de Réconciliation.

### **b). États-Unis**

- The Native American Sacred Lands Act (H.R. 2419)

### **c). Nouvelle-Zélande**

- Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017, 20 mars 2017.

### **d). Australie**

- The Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act of 1976,.
- The Northern Territory Aboriginal Sacred Sites Act of 1989, section 3.

### **c). Inde**

- Constitution de l'Inde (telle que modifiée au 1er décembre 2007), 26 novembre 1949.

### **d). Équateur**

- Constitution de la République de l'Equateur du 28 Septembre 2008.

### **e). Bolivie**

- Constitution de 2009 de l'État plurinational de Bolivie du 7 février 2009.
- Ley de Derechos de la Madre Tierra del 21 de Diciembre, 2010.

## II. Jurisprudence

### A. Niveau International

**a). Cour interaméricaine des droits de l'homme** (à consulter en ligne sur <http://www.corteidh.or.cr/>) :

- IACtHR, *Case of the Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador* Judgment of June 27, 2012 (Merits and Reparations), Series C No. 245.
- IACtHR, *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni community v. Nicaragua* Judgment of August 31, 2001 (Merits, Reparations and Costs), Series C No. 79.
- IACtHR, *Case of Moiwana village v. Suriname*, Judgment of June 15, 2005 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), Series C No. 124.
- IACtHR, *Case of the Saramaka People v. Suriname*, Judgment of November 28, 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), Series C No. 172.
- IACtHR, *Case of the Saramaka People v. Suriname*, Judgment of August 12, 2008, (Interpretation of the Judgment on Preliminary Objections, Merits, Reparations and costs), Series C No. 185.
- IACtHR, *Case of the Yakye Axa Indigenous community v. Paraguay* Judgment of June 17, 2005 (Merits, Reparations and Costs), Series C No. 125.

**b). Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples** ( à consulter en ligne sur : <http://www.achpr.org> ) :

- Commission africaine des droits de L'homme et des peuples, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) c Kenya*, 2009, No 276/03, 49e sess, 27e rapport d'activité [Endorois c Kenya].

## **B. Niveau National**

### **a). États-Unis :**

- Cour suprême des États-Unis, Employment division department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494, U.S. 872, (1990).
- Cour suprême des États-Unis, Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Association, 485 U.S. 439 ( 1998).

### **b). Canada :**

- R. c. Videoflicks Ltd., 48 O. R. (2d), 395 (1984)
- R. c. Big M Drug Mart, R.C.S. 295, 336-337 (1985).
- Cour suprême du Canada, Jack and Charlie v. The Queen, [1985] 2 SCR 332, 31 octobre 1985.
- Cour suprême du Canada, Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears, [1985] 2 RCS 536, 17 décembre 1985.
- R. c. Edwards Books and Art Ltd., 2 R.C.S. 713 (1986).
- Cour suprême du Canada, R. c. Oakes, [1986] 1 RCS 103, 28 février 1986.
- Zylberberg v. Sudbury Board of Education, 65 O.R. (2d) 641[1988]
- Cour suprême du Canada, B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 RCS 315, 27 janvier 1995.
- Cour suprême du Canada, Adler c. Ontario, [1996] 3 RCS 609, 21 novembre 1996.
- Cour suprême du Canada, Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick, 3 avril 1996.
- Cameron c. Ministry of Energy And Mines, CanLII 6834 (1998)
- Cour suprême du Canada, Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers, [2001] 1 RCS 772, 2001 CSC 31, 17 mai 2001.

- Cour suprême du Canada, Chamberlain c. Surrey School District No. 36, 2002 CSC 86, [2002] 4 RCS 710, 20 décembre 2002.
- Cour suprême du Canada, Syndicat Northcrest c. Amselem, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47, 30 juin 2004.
- Cour suprême du Canada, Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, [2004] 3 RCS 698, 2004 CSC 79, 9 décembre 2004.
- Cour suprême du Canada, R. c. Labaye, [2005] 3 RCS 728, 2005 CSC 80, 21 décembre 2005.
- Cour suprême du Canada, Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, 2006 CSC 6, [2006] 1 RCS 256, 2 mars 2006.
- Cour suprême du Canada, S.L. c. Commission scolaire des Chênes, 2012 CSC 7, [2012] 1 RCS 235, 17 février 2012.
- Cour suprême du Canada, Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien), 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99, 14 avril 2014.
- Cour suprême du Canada, Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique, 2014 CSC 44, [2014] 2 RCS 256, 26 juin 2014.
- Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations), BCSC 568 CanLII (2014)
- Cour Suprême du Canada, École secondaire Loyola c. Québec, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613, 19 mars 2015.
- Cour suprême du Canada, 2015 CSC 16, [2015] 2 RCS 3, 15 avril 2015.
- Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations), BCCA 352, CanLII ( 2015)
- Cour suprême du Canada, Ktunaxa Nation c. Colombie britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations), 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386, 02 novembre 2017.

## **b). Inde :**

- Bombay High Court, Pramatha Nath Mullick vs Pradyumna Kumar Mullick, (1925) 27 BOMLR 1064, 28 April, 1925.
- *Mohd. Salim vs. State of Uttarakhand & others*, Writ Petition (PIL) No. 126 of 2014, High Court of Uttarakhand at Nainital, March 20, 2017

## **III. Rapports, Recommandations, Résolutions et Observations**

- MARTINEZ COBO, J. R., *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, New York, United Nations, 1987, Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add. 4, UN Sales No. E.86.XIV.3, Vol. V, en ligne : <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/en/spdaip/html/>
- Comité des droits de l'homme, Observation générale No. 22 : Droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (Art. 18), 27/08/1993, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, en ligne : [http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CDH\\_Observation\\_Generale\\_22\\_FR.pdf](http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CDH_Observation_Generale_22_FR.pdf)
- Comité des droits de l'homme, Observation générale No. 23 : Protection des Minorités ( Art. 27), 26/04/1994, CCPR/21/Rev.1/Add.5, en ligne : <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/french/f-HRC-comment23.htm>
- Comité des droits de l'homme, Rapport du Rapporteur spécial, Olivier de Schutter, sur le droit à l'alimentation, 6 au 12 mai 2012, A/HRC/22/50/Add.1, en ligne : [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-50-Add1\\_fr.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-50-Add1_fr.pdf)
- Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale no. 32 : Signification et portée des mesures spéciales dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, CERD/C/GC/32, en ligne : <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?>

enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhssyNNtgI51ma08CMA6o7BgkLJJRh2CxOufHBTnFhzi  
rh3YdZVjfvheTW7RbEMcNtORCB9Kjx63tGdDFrjRtSV0ObmeGfYJEkEvzC1g5%2F8c  
o

- Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale no. 23 : Les droits des populations autochtones, U.N. Doc. A/52/18, en ligne : [http://www.eods.eu/l\\_i\\_b\\_r\\_a\\_r\\_y\\_/UN\\_International%20Convention%20on%20the%20Elimination%20of%20Racial%20Discrimination\\_General%20recommendation%2023\\_1997\\_FR.pdf](http://www.eods.eu/l_i_b_r_a_r_y_/UN_International%20Convention%20on%20the%20Elimination%20of%20Racial%20Discrimination_General%20recommendation%2023_1997_FR.pdf)
- Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale No. 21 : Droit de chacun de participer à la vie culturelle ( art. 15, par.1a), 21/12/2009, E/C.12/GC/21, en ligne : [https://droitsculturels.org/ressources/wp-content/uploads/sites/2/2012/07/OBSERVATION\\_GENERALE\\_21-droits-culturels.pdf](https://droitsculturels.org/ressources/wp-content/uploads/sites/2/2012/07/OBSERVATION_GENERALE_21-droits-culturels.pdf)
- Durban Recommendations on the Cultural and Spiritual Values of Protected Areas of September 2013.
- UN Commission on Human Rights, Civil and Political Rights, Including the Question of Religious Intolerance: Report by the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, 16/01/2002, E/CN.4/2002/73/ADD.1, en ligne : [http://digitallibrary.un.org/record/464431/files/E\\_CN-4\\_2002\\_73\\_Add-1-EN.pdf](http://digitallibrary.un.org/record/464431/files/E_CN-4_2002_73_Add-1-EN.pdf)
- Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, Rapport du Rapporteur spéciale sur les droits des peuples autochtones, M. James Anaya, 6 juillet 2012, A/HRC/21/47, en ligne : [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-47\\_fr.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-47_fr.pdf)
- Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, Rapport du Rapporteur spéciale sur les droits des peuples autochtones, M. James Anaya, sur la situation des peuples autochtones aux États-Unis d'Amérique, 30 août 2012, A/HRC/21/47/Add.1 , en ligne : <https://undocs.org/fr/A/HRC/21/47/Add.1>

- UN Human Rights Council, Report by the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, 25/08/2011, A/HRC/18/35/Add.1, en ligne : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/155/80/PDF/G1115580.pdf?OpenElement>
- IACHR, Indigenous and tribal peoples' rights over their ancestral lands and natural resources. Norms and jurisprudence of the Inter-American Human Rights System, 30/12/2009, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, 140 p, en ligne : <http://www.oas.org/en/iachr/indigenous/docs/pdf/AncestralLands.pdf>
- African Commission on Human and Peoples' Rights, Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) v. Kenya, Communication 276/2003, (2010), en ligne : [http://www.achpr.org/files/sessions/46th/comunications/276.03/achpr46\\_276\\_03\\_eng.pdf](http://www.achpr.org/files/sessions/46th/comunications/276.03/achpr46_276_03_eng.pdf)

## IV. Doctrine

### A. Ouvrages :

- AGUIAR, W. et HALSETH, R., *Peuples autochtones et traumatisme historique: Les processus de transmission intergénérationnelle*, Prince George (Colombie-Britannique), Centre de collaboration nationale de la santé autochtone, 2015, pp. 5-10.
- BACKHOUSE, C., *Colour-coded : A legal History of Racism in Canada, 1900-1950*, Toronto, University of Toronto Press for the Osgoode Society for Canadian Legal history, 1999, pp. 53-69.
- BERGER, B.L., « Law's Religion : Rendering Culture », *Law and Religious Pluralism in Canada*, R., MOON (dir.), Toronto, The University of British Columbia Press, 2008, pp. 264-296.
- BORROWS, J. « Living law on a living earth : aboriginal religion, Law and the Constitution », *Law and Religious Pluralism in Canada*, R., MOON (dir.), Toronto, The University of British Columbia Press, 2008, pp. 161-191.
- BROWN, J.E., *The Spiritual Legacy of the American Indian*, New York, Crossroad Publishing, 1982, p. xi.

- BURTON, L., « Part.1 Culture and Spirituality » *Worship and Wilderness: Culture, Religion, and Law in Public Lands Management* , Wisconsin, The University of Wisconsin Press, 2002, pp. 33-68.
- CANOVAS, J. et BARBOSA, J., « Enjeux et défis de la consécration constitutionnelle des cosmovisions autochtones dans la protection de l'environnement : regards croisés entre Bolivie et Equateur » *Changements environnementaux globaux et Droits de l'homme*, C., COURNIL et C., COLARD-FABREGOULE (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 536-546.
- LAVOIE, B., « Dynamiques discordantes dans la régulation de la liberté de religion au Canada », *Réguler le religieux*, vo. 4, 2015, pp. 1-20.
- LITTLE BEAR, L. « Jagged Worldviews Colliding », *Reclaiming Indigenous Voice and Vision*, M., BATTISTE, M (dir.), Vancouver, UBC Press, 2000, pp. 77-85.
- NEWMAN, D., « Implications of the *Ktunaxa Nation / Jumbo Valley Case* for Religious Freedom Jurisprudence », *Religious Freedom and Communities*, Toronto, LexisNexis, 2016, pp. 309-320.
- NEWMAN, D., RUOZZI, E. et KIRCHNER, S., « Legal Protection of Sacred Natural Sites Within Human Rights Jurisprudence : Sápmi and Beyond », *Experiencing and Protecting Sacred Natural Sites of Sámi and other Indigenous Peoples*, L., HEINÄMÄKI et T. M., HERRMAN (dir.), Cham (Suisse), Springer Polar Sciences, 2017, pp. 11- 26.
- RYDER, B., « The Canadian Conception of Equal Religious Citizenship », *Law and Religious Pluralism in Canada*, R., MOON (dir.), Toronto, The University of British Columbia Press, 2008, pp. 88-109.
- WALDRON, M. A., « Introduction : Why it Matters ? », *Free to Believe : Rethinking Freedom of Conscience and Religion in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2013, pp. 9-14.
- WEAVER, J., *Defending Mother Earth : Native American Perspectives on Environmental Justice*, New-York, Orbis Books, 1996, pp. 1-28.
- WILD, R. et MCLEOD, C., *Sites naturels sacrés : Lignes directrices pour les gestionnaires d'aires protégées*, Gland (Suisse), UICN, 2012, pp. 5-18.

## **B. Articles de revue :**

- BAKHT, N. et COLLINS, L., “The Earth is Our Mother”: Freedom of Religion and the Preservation of Indigenous Sacred Sites in Canada », *McGill Law Journal*, vol. 62, n°3, 2017, pp. 777-812.
- BERTHIER-FOGLAR, S., « Montagnes mythiques des Indiens des États-Unis : le sacré et le juridique », *ANGLOPHONIA French journal of english studies*, vol. 23, 2008, pp. 237-244.
- BROWN, D. M., « Freedom from or Freedom for: Religion as a Case Study in Defining the Content of Charter Rights », *University of British Columbia Law Review*, vol. 33, 2000, n°3, pp. 551-615.
- DISMAS NDAYAMBAJE, O. « La Contribution de la Reconnaissance des Droits des Peuples Autochtones a la Protection de l’Environnement à la Lumière de l’Affaire Endorois c. Kenya », *Revue québécoise de droit international*, vol.29, n°2, 2016, pp.173-190.
- DAVID, V., « La nouvelle vague des droits de la nature : La personnalité juridique reconnue aux fleuves Whanganui, Gange et Yamuna », *Revue juridique de l’environnement*, vol. 42, n°3, 2017, pp. 409-424.
- FONDA, M., “Are They Like Us Yet?”, *The International Indigenous Policy Journal*, vol. 2, n°4, Octobre 2011, pp. 1-12.
- HENNEBEL, L., Tea-Party à Washington : L’usage de drogues à des fins religieuses devant la Cour suprême des États-Unis, *Droits fondamentaux*, n°5, décembre 2005, pp. 1-17.
- HENNEBEL, L., « La protection de “l’intégrité spirituelle” des indigènes. Réflexions sur l’arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l’homme dans l’affaire *Comunidad Moiwana c. Suriname* du 15 juin 2005 », *Rev. trim. dr. h.* 66/2006, pp. 253-276.
- HERMITTE, M-A., « La nature, sujet de droit ? », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, n°1, 2011, p. 173-212.

- HIRT, I. et DESBIENS, C., « L'aménagement du territoire et la question de la différence culturelle au Canada. De l'invisibilité à la visibilisation des peuples autochtones », *Annales de géographie*, n° 718, 2017, p. 704-727.
- HICKLING, J., « Religious freedom in the New World ? Indigenous Sacred Sites and Religious Beliefs in the Courts in British Columbia », *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 6, 2017, pp. 544-579.
- KELLER, M.L., « Indigenous Studies and 'the sacred' », *American Indian Quarterly*, vol. 38, n°1, 2014, pp. 82-109.
- KISLOWICZ, H., « The Court and Freedom of Religion », *Supreme Court Law Review*, n°78, 2017, pp. 222-233.
- LABEAU, P-C., « Les droits ancestraux et les droits issus des traités des peuples autochtones : comment s'y retrouver ? », *XVe conférence des juristes de l'État*, 2004, pp. 331-335.
- LORENZO, L. J., « Spatial Justice and Indigenous Peoples' Protection of Sacred Places: Adding Indigenous Dimensions to the Conversation », *justice spatiale | spatial justice*, n° 11, mars 2017, disponible sur <http://www.jssj.org>
- MORIN, F., « La protection des noms de lieux et des sites sacrés autochtones, au niveau des instances internationales », *Études/Inuit/Studies*, vol. 28, n°2, 2004, pp. 203-209.
- O'DONNELL, E.L., « At the Intersection of the Sacred and Legal: Rights for Nature in Uttarakhand, India », *Journal of Environmental law*, vol. 30, n°1, 2018, pp. 135-144.
- NEIHART, B., « Awas Tingni v. Nicaragua Reconsidered : Grounding Indigenous Peoples' Land Rights in Religious Freedom », *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 42, 2013, pp. 77-99.
- PELLERIN, É., « Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir : Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada », *Politique et Sociétés*, Volume 36, numéro 3, 2017, pp. 180-182.

- PUALANI, R. L., COLLIGNON, B. et HIRT, I., « Indigenous Peoples and Spatial Justice. An Interview with Renee Louis Pualani », *justice spatiale | spatial justice*, n° 11, mars 2017, disponible sur <http://www.jssj.org>
- SANDERS, K., « 'Beyond Human Ownership'? Property, Power and Legal Personality for Nature in Aotearoa New Zealand », *Journal of Environmental Law*, vol. 30, n°2, 2017, pp. 1-28.
- SHRUBSOLE, N.D., « The Sun Dance and the Gustafsen Lake Standoff : Healing through Resistance and the Danger of Dismissing Religion » *The International Indigenous Policy Journal*, vol. 2, n°4, 2011, pp. 1-17.
- SIUM, A. et RITSKES, E., « Speaking truth to power: Indigenous storytelling as an act of living resistance » *Decolonization: Indigeneity, Education & Society*, vol. 2, n°1, 2013, pp. 1-10.
- VANBELLINGEN, L., « L'accommodement raisonnable de la religion dans le secteur public : analyse du cadre juridique belge au regard de l'expérience canadienne », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol 75, n°2, 2015, p. 221-248.
- WHITT, L.A., ROBERTS, M., WAERETE N. et GRIEVES, V., « Belonging to Land: Indigenous Knowledge Systems and the Natural World », *Oklahoma City University law review*, vol. 26, 2001, pp. 701-743.
- WIESSNER, S., « Re-Enchanting the World: Indigenous Peoples' Rights as Essential Parts of a Holistic Human Rights Regime », *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 15, 2010, pp. 283-284.
- WOEHLING, J., « La place de la religion dans les écoles publiques du Québec », *Revue juridique Thémis*, vol. 41, 2007, pp. 655- 682.

## C. Études

- DONCK, V., *Le droit à la terre des peuples autochtones à la lumière du système interaméricain des droits de l'homme : quels enseignements et quelle portée ?*, Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2013. Prom. : Bonbled, Nicolas.
- FARGET, D., *Le droit au respect des modes de vie minoritaires et autochtones dans les contentieux internationaux des droits de l'homme*, Thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Montréal et Université Aix-Marseille 3, Juillet 2010, 410 p.
- MACKAY, F., *A guide to indigenous peoples' rights in the Inter-American Human Rights System*, IWGIA, Copenhague, 2002, 171 p, en ligne : <https://www.iwgia.org/images/publications/doc106.pdf>
- STEYN, E.A., *At the Intersection of Tangible and Intangible: Constructing a Framework for the Protection of Indigenous Sacred Sites in the Pursuit of Natural Resource Development Projects*, Thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Montréal, Septembre 2017, 671 p.
- SHRUBSOLE, N.D., *Religion, Land and Democracy in Canadian Indigenous-State Relations*, Thèse de doctorat, Faculté de philosophie, Université de Waterloo, 2013, 168 p., en ligne : [https://uwspace.uwaterloo.ca/bitstream/handle/10012/7551/Shrubsole\\_Nicholas.pdf;sequence=1](https://uwspace.uwaterloo.ca/bitstream/handle/10012/7551/Shrubsole_Nicholas.pdf;sequence=1)

## V. Autres

- Affaires indiennes et du Nord Canada, *Les lois sur les Indiens et leurs lois modificatrices, 1868-1950*, Centre de la recherche historique et de l'étude des traités, Orientations générales, Affaires indiennes et du Nord, Ottawa, 1981, 363 p.
- Bibliothèque du Parlement, *Les autochtones : historique des lois discriminatoires à leur endroit*, Novembre 1987, révisé en novembre 1991, 16 p.

- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse Québec, *Document de réflexion : La Charte et la prise en compte de la religion dans l'espace public*, juin 2008, 84 p., en ligne : [http://www.cdpedj.qc.ca/publications/Charte\\_religion\\_espace\\_public.pdf](http://www.cdpedj.qc.ca/publications/Charte_religion_espace_public.pdf)
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse Québec, *Droit et religion : De l'accommodement raisonnable à un dialogue internormatif ?*, avril 2006, 20 p., en ligne : [http://www.cdpedj.qc.ca/publications/droit\\_religion\\_dialogue\\_internormatif.pdf](http://www.cdpedj.qc.ca/publications/droit_religion_dialogue_internormatif.pdf)
- Convention sur la diversité biologique, *Lignes directrices Akwé: Kon*, Montréal, Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, 2004, en ligne : <https://www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-fr.pdf>
- Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Pensionnats du Canada : Les séquelles: Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada, Volume 5*, McGill-Queen's University Press, 2015, 468 p.
- Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir : sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, 2015, 584 p., en ligne : [http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/French\\_Exec\\_Summary\\_web\\_revised.pdf](http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/French_Exec_Summary_web_revised.pdf)
- *Ktunaxa Nation Council v British Columbia (Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, SCC File No 36664 (11 July 2016) (Factum of the Appellant, Ktunaxa Nation Council and Kathryn Teneese, on their own behalf and on behalf of all citizens of the Ktunaxa Nation).
- Présentation au Comité permanent du patrimoine canadien de Don Hutchinson, *Fondements de la liberté de religion au Canada et recommandations visant à réduire ou à éliminer la discrimination religieuse systémique (Motion M-103)*, 1<sup>er</sup> novembre 2017, 18 p., en ligne : <http://www.donhutchinson.ca/wp-content/uploads/2017/11/M-103-CHPC-study-on-Religious-Discrimination-Fr.pdf>
- Statement from Premier John Horgan on the 10th anniversary of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 13 Septembre 2017, disponible sur : <https://news.gov.bc.ca/releases/2017PREM0083-001562>

- The Truth and Reconciliation Commission of Canada, *Honouring the Truth, Reconciling for the Future, Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, 2015, 382 p, en ligne : [http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/2015/Findings/Exec\\_Summary\\_2015\\_05\\_31\\_web\\_o.pdf](http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/2015/Findings/Exec_Summary_2015_05_31_web_o.pdf)
- United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues, *Announcement of Canada's Support for the UNDRIP*, New York City, 2016, 12 p, en ligne : <http://www.metisnation.ca/wp-content/uploads/2016/05/Speech-Minister-Bennett-UNPFII-NEW-YORK-MAY-10-FINAL.pdf>

## VI. Articles en ligne :

- BELLRICHARD, C., « Ktunaxa profoundly disappointed but undeterred by Supreme Court ruling » disponible sur <https://www.cbc.ca/news/indigenous/supreme-court-canada-ktunaxa-1.4385234>, 3 novembre 2017
- KISLOWICZ, H. & SENWUNG, L. « Ktunaxa Nation : On the « Spiritual Focal Point of Worship » Test », disponible sur [http://ablawg.ca/wp-content/uploads/2017/11/Blog\\_HK\\_SL\\_Ktunaxa.pdf](http://ablawg.ca/wp-content/uploads/2017/11/Blog_HK_SL_Ktunaxa.pdf), 7 Novembre 2017.
- KOPECKY, A., « Spirit of the law », disponible sur <https://www.pressreader.com/canada/the-walrus/20180401/281526521545532>, 1 avril 2018.
- LAIDLAW, D., « Silencing the Qat'muk Grizzly Bear Spirit » disponible sur [https://ablawg.ca/wp-content/uploads/2017/11/Blog\\_DL\\_Ktunaxa.pdf](https://ablawg.ca/wp-content/uploads/2017/11/Blog_DL_Ktunaxa.pdf), 6 Novembre 2017.
- LEBOEUF, M., « La protection de terres sacrées autochtones remise en question », disponible sur <https://ricochet.media/fr/2036/la-protection-de-terres-sacrees-autochtones-remise-en-question>, 23 novembre 2017.
- HUBRECHT, S., « Supreme Court of Canada dismissed Ktunaxa case against Jumbo », disponible sur <https://www.columbiavalleypioneer.com/news/supreme-court-of-canada-dismissed-ktunaxa-case-against-jumbo/>, 8 novembre 2017.

- Senwung, L. & Nerland, K., « Supreme Court: Charter does not protect Ktunaxa sacred site », disponible sur <http://www.oktlaw.com/supreme-court-charter-not-protect-ktunaxa-sacred-site/>, *s.d.*, consulté le 26 juillet 2018.
- MITCHELL, K., « Why we're supporting the fight to recognize equal religious rights for Indigenous peoples », disponible sur <https://www.ecojustice.ca/supporting-fight-recognize-equal-religious-rights-indigenous-peoples/>, 10 novembre 2017.

### **Sites internet consultés :**

- <https://iportal.usask.ca>
- <http://www.ktunaxa.org>
- <https://ich.unesco.org>
- <https://www.scc-csc.ca/>
- <http://www.un.org/fr/>
- <http://www.iucn.org/>

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique [www.uclouvain.be/drt](http://www.uclouvain.be/drt)

