

FOR THE FNRS: This text could still be subject to minor editorial changes.

Titre: *Pour une approche décoloniale du temps juridique : enseignements des demandes autochtones portées devant les juridictions occidentales*

Résumé: *Aujourd'hui, les Peuples Autochtones revendiquent le droit de vivre en harmonie avec leurs ontologies, qui impliquent la transmission intergénérationnelle d'un savoir ancestral, évoluant selon une conception circulaire du temps. Cependant, cette transmission de savoir a été largement empêchée pendant longtemps par l'entreprise coloniale, et les Peuples Autochtones s'attèlent maintenant à reconstruire progressivement leurs ontologies, ce qui contracte les demandes autochtones entre le passé, le présent et le futur. Différemment, dans la théorie du droit occidentale contemporaine, le temps juridique, et plus largement, la légitimité du droit, reposent sur une vision linéaire du temps, où le passé, le présent et le futur sont séparés dans une quête vers le progrès. Prenant appui sur une analyse du cas Ktunaxa (Cours Suprême du Canada, 2017), cet article vise à démontrer que cette différence de temporalité peut empêcher les cours et tribunaux occidentaux de rendre justice aux demandes autochtones. Il explore ensuite les possibilités de mieux inclure la temporalité autochtone dans le droit via la triple distinction mémoire inerte/mémoire vive, souvenir/héritage et vérité construction/vérité dévoilement. A cet égard, il argue que traiter équitablement les demandes autochtones requiert l'inclusion de nouveaux concepts, soit la mémoire vivifiée, l'héritage futur et la vérité judiciaire dévoilée.*

Mots-clés : Théorie du droit, Approches décoloniales, Temps et Droit, Revendications autochtones

Title: "A Decolonial Approach to Legal Time: Lessons Learnt from Indigenous Claims Brought before Western Courts"

Abstract: Today, Indigenous Peoples are claiming the right to live in harmony with their ontologies, which involve the intergenerational transmission of ancestral knowledge, evolving according to a circular conception of time. However, this transmission of knowledge was largely obstructed for a long time by the colonial enterprise, and Indigenous Peoples are now working to gradually rebuild their ontologies, which intertwines Indigenous demands between the past, present, and future. In contrast, in contemporary Western legal theory, legal time, and more broadly, the legitimacy of law, rest on a linear vision of time, where the past, present, and future are separated in a quest for progress. Drawing on an analysis of the Ktunaxa case (Supreme Court of Canada, 2017), this article aims to demonstrate that this difference in temporality can prevent Western courts and tribunals from delivering justice to Indigenous claims. It then explores the possibilities of better incorporating Indigenous temporality into law through the triple distinction of inert memory/living memory, remembrance/legacy, and constructed truth/unveiled truth. In this regard, it argues that fairly addressing Indigenous claims requires the inclusion of new concepts, namely vivified memory, future legacy, and unveiled judiciary truth.

Keywords: Legal Theory, Decoloniality, Law and Time, Indigenous Claims

Par Sandrine Brachotte (sandrine.brachotte@uclouvain.be)

Sandrine Brachotte est Chargée de Cours invitée à l'UCLouvain (Campus Saint-Louis, Bruxelles), et co-organisatrice des séminaires « Migrations et approches décoloniales du droit » avec Sylvie

Sarolea (UCLouvain). Elle a également la charge de la section bibliographie de la Revue critique de Droit International Privé, pour ce qui concerne la littérature étrangère. Elle est titulaire d'un doctorat en droit de l'Ecole de droit de Sciences Po Paris (2022). Sa thèse et ses recherches actuelles concernent principalement la théorie du droit international privé.

Introduction

Il n'est pas rare, dans le monde académique européen, d'entendre dire que le sujet de la « décolonisation » est à la mode. Cela peut signifier que toute université digne de ce nom doit lui accorder une place, ou, beaucoup moins positivement, que celles qui le font surfent stratégiquement sur la vague. Quoi qu'il en soit, semble (toujours) régner l'idée, dans les contextes académiques européens (et pas seulement francophones), qu'il ne faudrait pas accorder trop d'importance à la décolonialité – ou, en tout cas, il apparaît que cela reste un sujet sensible pour les Européens. Cela est sans doute encore plus vraisemblable en droit que dans les (autres) sciences sociales¹. Il est dès lors peut-être embarrassant, ou offusquant, que, dans un dossier de quelques articles consacrés non pas à la question (dé)coloniale, mais au sujet plus conventionnel des rapports entre droit, temps et vérité, le sujet fasse l'objet de deux articles.

A cet égard, il faut insister sur la nature du présent article, qui ne vise pas en premier lieu à faire état de la nécessité pour la Belgique (ou un autre pays européen) de reconnaître son passé colonial – ce qui paraît néanmoins crucial et est abordé dans un autre article de ce dossier – mais à montrer que le droit reflète une vision du monde² occidentale, qui conduit à une discrimination structurelle et épistémique³ des citoyens revendiquant une autre vision du monde, ce qui est le cas de nombreux peuples colonisés et postcoloniaux⁴. Cela peut notamment être le cas dans le contexte des demandes en justice fondées sur les ontologies⁵ autochtones, ou sur des normes coutumières ou religieuses⁶, portées en Europe dans le contexte migratoire ou commercial par

¹ V. par ex. C. Boidin, « Études décoloniales et postcoloniales dans les débats français », *Cahiers des Amériques latines*, 62, 2009, p. 129-140; A. Geslin, C. M. Herrera et M.C Ponthoreau (dir.), *Postcolonialisme et droit : perspectives épistémologiques*, Paris : Kimé, 2020.

² Ce terme, utilisé ici comme traduction du terme « *worldview* », est envisagé comme recouvrant des croyances et des valeurs fondatrices qui justifient des rationalités personnelles et collectives, des concepts et des règles de conduite spécifiques, ainsi que la validité de certaines sources de savoir, leurs formes et leurs modes de transmission. Il inclut donc le mode de vie.

³ L'on parle notamment d'« injustice épistémique » ou d'« oppression épistémique » (v. par ex. L. Posholi, « Epistemic Decolonization as Overcoming the Hermeneutical Injustice of Eurocentrism », *Philosophical Papers*, 49(2), 2020, p. 279-304).

⁴ Les termes « colonisé » et « postcolonial » visent à couvrir les identités revendiquées par les Peuples Autochtones desdits *settler states* ou Etats colons (où la puissance coloniale est restée) et des États postcoloniaux (qui ont obtenu leur indépendance vis-à-vis de la puissance coloniale). Les peuples et individus concernés peuvent en effet préférer l'un ou l'autre terme, soit pour renvoyer à l'idée que la colonisation perdure, soit pour affirmer qu'ils rejettent et résistent à toute domination coloniale – parce que la période de colonisation est terminée.

⁵ L'on parle souvent, en anglais, d'« ontologies autochtones » (*Indigenous ontologies*) pour traduire l'idée que la vision du monde des peuples autochtones donne un sens à leur existence – et que lorsque ces ontologies ne sont pas respectées, leur vie perd son sens ; ils « cessent d'être » (v. J. Lear, *Radical Hope : Ethics in the Face of Cultural Devastation*, Cambridge : Harvard University Press, 2006).

⁶ Un sujet que nous avons abordé ailleurs : S. Brachotte, « Le droit international privé européen face à la légalité post-coloniale : apport d'une étude de cas », *Droit et Cultures*, 2025/1 ([à paraître](#)).

exemple⁷. Inspiré par les approches décoloniales⁸, cet article part du postulat que nous, Européens, devons réfléchir aux façons de mieux inclure les visions du monde des peuples colonisés⁹.

Dans ce cadre théorique, le présent article vise à montrer que la discrimination des demandes autochtones peut résulter d'un conflit de temporalités¹⁰ autochtone et juridique. En effet, dans la mesure où de nombreuses demandes autochtones contemporaines visent à faire « revivre » (et nous expliquerons la signification de ce mot) une manière d'exister d'origine précoloniale, mise à mal par le processus de la colonisation, elles reflètent une contraction entre le passé, le présent et le futur, alors que le droit est attaché à la distinction entre ces trois notions, notamment parce qu'elle fonde sa légitimité – légitimité par ailleurs remise en causes par les Peuples Autochtones. Dès lors, les demandes autochtones demandent certains ajustements épistémiques de la part du droit. En particulier, nous arguons qu'elles demandent l'inclusion de nouveaux concepts, tels que la mémoire vivifiée, l'héritage futur et la vérité judiciaire dévoilée.

Pour ce faire, nous partirons d'un cas d'espèce emblématique récent, impliquant le Peuple Autochtone des Ktunaxa et porté devant la Cour Suprême du Canada¹¹. Le choix porté sur le cas Ktunaxa rencontre à la fois notre zone de connaissance (bien plus étendue pour ce qui concerne les ontologies autochtones au Canada qu'ailleurs) et la volonté de considérer un arrêt de principe, très controversé dans le pays concerné, emblématique de la relation entre les Peuples Autochtones et le droit étatique au Canada, et en même temps peu discuté en Belgique (quoique connu¹²). Ainsi, dans ce qui suit, l'on présentera le cas Ktunaxa (I) avant d'en proposer une analyse temporelle qui montre que la demande des Ktunaxa n'apparaît pas équitablement jugée (II). Ensuite, l'on tentera d'envisager comment le droit pourrait mieux inclure les ontologies autochtones, en montrant à cet égard l'apport de la triple distinction mémoire inerte/mémoire vive, souvenir/héritage et vérité construction/vérité dévoilement et les nouveaux concepts que nous proposons d'y insérer (III).

Préliminairement, il faut souligner les limites du présent article d'un point de vue décolonial, étant donné notre qualité de juriste occidentale¹³. Il faut aussi insister sur le fait que cet article

⁷ Etant entendu que les situations transnationales sont devenues la norme plutôt que l'exception (P. Mayer et V. Heuze, *Droit international privé*. Paris: LGDJ 2014 (11^{ème} éd.), p. 28). Typiquement, l'on peut imaginer que, en vertu des règles de droit international privé, un litige se retrouve devant les cours et tribunaux français, qui concerne un contrat conclu entre une société privée, basée en France, et un Peuple Autochtone, vivant au Brésil, quant à l'exploitation de ses terres par la première. Dans ce contexte, les demandes autochtones doivent être considérées non seulement par lesdits *settler states*, installés sur les terres des Peuples Autochtones, mais aussi par les autres Etats, comme la Belgique et la plupart des Etats européens, qui sont ainsi confrontés à ces demandes.

⁸ Pour plus de détails, v. par ex. G.K. Bamhbra, « Postcolonial and decolonial dialogue », *Postcolonial Studies*, 17(2), 2014, p. 115-121.

⁹ V. not. M. Galcerán Huguet, « How Post-Colonial and Decolonial Theories Are Received in Europe and the Idea of Europe », in M. Araújo et S. Rodríguez Maeso, *Eurocentrism, Racism and Knowledge*, London: Palgrave Macmillan UK, 2015, p. 93-113.

¹⁰ Nous pensons que ce terme est ici le plus adéquat comparé aux termes de temps et de temporalisation (v. M. Conche, « Temps, temporalité, temporalisation », *Enseignement philosophique*, 59(6), 2009, p. 9-20).

¹¹ Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations), 2017 CSC 54 (CanLII), [2017] 2 RCS 386.

¹² V. I. Zellit, *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*, Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2018 (Prom.: Louis-Léon Christians).

¹³ La théorie décoloniale demande en effet, comme d'autres courants critiques des sciences sociales, de faire état de son lieu d'énonciation (« *positionality* »), entendu comme un lieu de (non-) pouvoir qui influence

n'implique pas le postulat que plusieurs ontologies autochtones seraient les mêmes : sur la base de la littérature autochtone, il identifie juste certains traits communs, revendiqués par plusieurs Peuples Autochtones¹⁴. En outre, et quoi qu'il en soit, nous reconnaissons que la définition de la temporalité autochtone proposée ici ne peut refléter que notre point de vue sur le sujet, spécialement dans la mesure où les ontologies autochtones ne se définissent que d'une manière personnelle¹⁵, qui traduit le caractère expérimental des savoirs autochtones¹⁶.

I. Ktunaxa c. Colombie-Britannique : un exemple de demande autochtone

Dans cette section, nous proposons une présentation du cas Ktunaxa comme point de départ de notre proposition théorique. L'on décrira d'abord brièvement le contexte colonial canadien dans lequel s'inscrit cette affaire (a), avant de se tourner vers le litige en jeu (b), puis la demande autochtone (c), et enfin la décision de la Cour Suprême (d), sans se limiter aux documents judiciaires mais en considérant également la littérature consacrée aux ontologies autochtones.

a. Contexte colonial canadien : du *Residential School System* à la DNUDPA

Pour être mieux appréhendée, l'affaire Ktunaxa peut utilement être replacée dans le contexte colonial canadien, qui montre une évolution de la relation entre les Peuples Autochtones et les autorités étatiques, en deux grandes phases.

D'abord, la colonisation des Peuples Autochtones par les Anglais et les Français de 1850 à 1950 environ, spécialement au vu du système des pensionnats indiens (*residential schools system*), a été officiellement reconnue comme un génocide culturel, défini comme « la destruction de ces structures et pratiques qui permettent au groupe de continuer en tant que groupe »¹⁷. Elle a également impliqué le déplacement des populations autochtones dans des réserves¹⁸. En outre, la Proclamation Royale de 1763 a signifié, du point de vue de la Couronne Britannique, l'imposition de sa souveraineté sur le territoire canadien¹⁹ - position largement réfutée par les

inévitavelmente la chercheuse ou le chercheur (v. par ex. L. Quiroz, « Le leurre de l'objectivité scientifique. Lieu d'énonciation et colonialité du savoir », Colloque *La production du savoir : formes, légitimations, enjeux et rapport au monde*, Septembre 2019, Nice, France [en ligne]). Par ailleurs, la théorie décoloniale demande aux chercheuses et chercheurs, seul.e.s ou collectivement, de réunir des identités coloniales et colonisées/postcoloniales pour mener des études décoloniales (W. Mignolo, "Geopolitics of sensing and knowing: on (de)coloniality, border thinking and epistemic disobedience", *Postcolonial Studies*, 14(3), 2011, p. 273-283).

¹⁴ Tout en reconnaissant que la catégorie de « Peuple Autochtone » est une invention coloniale homogénéisante.

¹⁵ V. par ex. K. Absolon et C. Willett, « Putting ourselves forward: Location in Aboriginal research », in L. Brown et S. Strega (dir.), *Research as resistance: Critical Indigenous and anti-oppressive approaches*, Toronto, Canadian Scholars Press, 2005, p. 97-126.

¹⁶ V. par ex. L. Little Bear, "Traditional Knowledge and Humanities: Perspective by a Blackfoot", *Journal of Chinese Philosophy*, 39(4), 2012, p. 518-527, spéc. p. 521.

¹⁷ Truth and Reconciliation Commission of Canada (TRCC), *A Knock on the Door: The Essential History of Residential Schools from the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, Winnipeg: University of Manitoba Press, 2015, p. 3 (traduction libre). Tous les travaux de la Commission de vérité et réconciliation du Canada (nom français de la TRCC) sont disponibles en français sur la page internet <https://nctr.ca/documents/rapports/?lang=fr#rapports-cvr> (consultée le 20/03/2024).

¹⁸ Pour plus de détails, v. par. R. Irwin, "Reserves in Canada", *The Canadian Encyclopedia*, 22 novembre 2022 [en ligne].

¹⁹ Avant cela, les relations entre les Peuples Autochtones et les colons européens étaient apparemment plus équilibrées (L. Monchalain, op. cit., p. 4-5 et 82 ; S. Grammond, « Treaties as Constitutional Agreements », in P. Oliver, P. Macklem, et N. Des Rosiers (dir.), *Oxford Handbook of the Canadian Constitution*. Oxford: Oxford University Press 2017 p. 306-321, spéc. p. 307.

Peuples Autochtones²⁰. Ainsi, pour se voir reconnaître des droits spéciaux (par rapport aux autres citoyens), les Peuples Autochtones ont dû s'engager dans des processus de signature de Traités avec les autorités étatiques, qui impliquaient un accord sur une compensation de la perte de la souveraineté par le Peuple Autochtone concerné, lesquels Traités étaient alors très peu favorables aux Peuples Autochtones.

Ensuite, depuis les années 50, a commencé une période de reconstruction (par les Peuples autochtones) et de revalorisation (par les autorités étatiques) progressive des ontologies autochtones, soutenu par l'objectif étatique de la réconciliation entre l'Etat colon et les Peuples Autochtones. Notamment, davantage de Traités (et de processus devant conduire à un Traité mais pas encore terminés, comme celui qui concerne la Colombie Britannique et les Ktunaxa) plus favorables aux Peuples Autochtones, ont vu le jour, ainsi qu'une obligation constitutionnelle pour l'Etat, prévue par l'article 35 de la Constitution canadienne de 1982²¹, de consulter et d'« accommoder »²² les Peuples Autochtones concernés par ses projets, plus ou moins importante en fonction du caractère plus ou moins sérieux de leurs revendications (estimé par l'Etat), en l'absence de Traité. En 2008, l'Etat canadien a par ailleurs reconnu les dommages causés par le système des pensionnats indiens aux Peuples Autochtones et a demandé leur pardon, tout en mettant sur pied la Commission de vérité et réconciliation du Canada, qui a rendu son rapport reconnaissant le génocide culturel en 2015²³. En outre, un grand pas a été franchi au Canada, en juin 2021²⁴ (soit après le cas Ktunaxa) avec l'entrée en vigueur de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA), qui implique la reconnaissance de droits souverains significatifs aux Peuples Autochtones, et notamment la possibilité d'empêcher un projet gouvernemental d'aboutir²⁵.

b. Le litige : la construction d'une station de ski sur une terre sacrée et la révélation d'un Aîné

L'affaire *Ktunaxa* a commencé en 1993 avec le souhait d'un architecte italien installé à Vancouver de développer une station de ski dans ce que la plupart des Canadiens appellent "la vallée Jumbo", située en Colombie Britannique (une des « Provinces » du Canada, qui constituent des entités fédérées). Avec d'autres investisseurs, principalement français, il a créé Glacier Resorts Ltd. (ci-après "Glacier"), qui a agi en tant que promoteur du projet auprès des autorités provinciales, considérées en droit canadien comme propriétaires de la vallée Jumbo. Les autorités provinciales, avant de pouvoir signer un quelconque accord avec Glacier, devaient s'acquitter de l'obligation constitutionnelle susmentionnée de consultation et d'accommodement des Peuples Autochtones concernés.

²⁰ V. not. L. Monchalin, *The Colonial Problem: An Indigenous Perspective on Crime and Injustice in Canada*, Toronto: University of Toronto Press, 2016, p. 82-83 et 90. V. aussi infra, section d.

²¹ Partie II de la Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11.

²² Selon l'expression consacrée en droit canadien (en français), non seulement dans le contexte de l'article 35 mais aussi en matière d'égalité et de non-discrimination (où l'on parle d'« accommodements raisonnables »). Dans le cadre de l'article 35, la notion d'accommodement implique pour l'Etat l'obligation de prendre en compte les intérêts des Peuples Autochtones concernés et le cas échéant d'adapter sa politique au regard de ces intérêts (v. à ce sujet l'arrêt de principe *Nation Haïda c. Colombie-Britannique* (Ministre des Forêts), 2004 CSC 73 (CanLII), [2004] 3 RCS 511).

²³ V. supra, note n° 17.

²⁴ Loi concernant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, 2021, c. 14.

²⁵ V. l'article 19 DNUDPA.

Dans ce cadre, la Colombie-Britannique a consulté les représentants des Ktunaxa²⁶, avec lesquels le processus de conclusion d'un Traité est toujours en cours aujourd'hui²⁷, pour lesquels la vallée Jumbo est *Qat'muk*, un site sacré à leurs yeux. En effet, selon la vision du monde des Ktunaxa, *Qat'muk* est un lieu d'importance spirituelle car il abrite l'Esprit de l'Ours Grizzly. Pour protéger cet esprit et ainsi le caractère sacré de *Qat'muk*, les Ktunaxa doivent protéger l'habitat des grizzlis vivant sur *Qat'muk* et montrer leur gratitude à l'Esprit de l'Ours Grizzly en accomplissant des rituels, qui se déroulent principalement à l'extérieur de *Qat'muk*. La préservation du caractère sacré de *Qat'muk* est très importante pour les Ktunaxa. En effet, pour de nombreux Peuples Autochtones au Canada, la Terre, aussi appelée « Mère Terre » ou « le Créateur », est source de vie et de sens pour toutes les choses vivantes - les humains, les animaux, les plantes, les pierres²⁸. Le « Dieu » autochtone est matérialisé dans la Terre, spécialement dans les sites sacrés. Dès lors, lorsqu'un site est désacralisé, la vie du Peuple Autochtone concerné perd son sens²⁹.

Pendant 15 ans, les Ktunaxa ont discuté avec les autorités provinciales afin que le projet de la station de ski aboutisse, moyennant une compensation financière pour les Ktunaxa et en réduisant l'ampleur du projet. En septembre 2009, cependant, ils ont changé de position, car un Aîné³⁰ Ktunaxa a révélé que la cosmologie des Ktunaxa empêchait l'exécution du projet dans sa totalité. Mr. Chris Luke a en effet informé le ministre en charge que la protection de *Qat'muk* était "une question de vie ou de mort"³¹ et que tout mouvement de terre ou toute construction de structures permanentes désacraliserait la zone et détruirait la valeur spirituelle de la vallée. Il a justifié le moment du partage de cette information par deux circonstances. D'une part, il a réalisé qu'il devait prendre la parole et être la voix de l'Esprit de l'Ours Grizzly seulement en 2004³². D'autre part, il n'a pas partagé cette révélation avant 2009, en raison de problèmes de santé³³.

Durant les trois années suivant la déclaration de Mr. Luke, le ministre a tenté de convaincre les Ktunaxa de revenir sur cette position, sans succès.³⁴ Plus encore, en novembre 2010, les Ktunaxa ont publié « la Déclaration *Qat'muk* » sur leur site internet³⁵, qui affirme la souveraineté

²⁶ Les Ktunaxa sont un groupe autochtone transnational qui vit aujourd'hui aux États-Unis et au Canada. Au Canada, ils sont reconnus par les autorités étatiques comme un Peuple Autochtone, sous le nom de *Ktunaxa Nation*, et compte environ 1 000 personnes (D. Walker, « Ktunaxa (Kootenay) », *The Canadian Encyclopedia* (10 Octobre 2018) [en ligne]).

²⁷ Pour un aperçu de l'avancement du processus au cours du temps, v. la page officielle suivante : <https://bctreaty.ca/treaties-and-agreements/transition-agreements-and-memorandums/> (consultée le 20/03/2024).

²⁸ L. Monchalin, *The Colonial Problem: An Indigenous Perspective on Crime and Injustice in Canada*, Toronto: University of Toronto Press, 2016, p. 27. V. aussi C. Blair, "Indigenous Sacred Sites & Lands: Pursuing Preservation through Colonial Constitutional Frameworks", *Appeal: Review of Current Law and Law Reform* 25, 2020 p. 73-88, spéc. p. 86; M. Lee Ross, *First Nations Sacred Sites in Canadian Courts*, Vancouver: UBC Press 2005.

²⁹ Pour plus de détails v. J. Lear, *op. cit.*

³⁰ Soit un gardien du savoir des Ktunaxa (G. Younging, *Elements of Indigenous Style: A Guide for Writing by and about Indigenous Peoples*, Edmonton: Brush Education 2018, p. 37).

³¹ *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2014 BCSC 568, para. 94.

³² 2014 BCSC 568, *op. cit.*, para. 106.

³³ *Ibid*, para. 107.

³⁴ *Ibid*, para. 9.

³⁵ Ktunaxa Nation, *Qat-muk Declaration* (15 Novembre 2010) [en ligne] <http://www.ktunaxa.org/wp-content/uploads/Declaration.pdf> (consulté le 22/03/2024).

préexistante des Ktunaxa sur *Qat'muk* et reflète la position majoritaire des Peuples Autochtones au Canada, susmentionnée, quant à la Proclamation Royale de 1763.

Le 20 mars 2012, l'accord entre la province et Glacier a été finalisé.

- c. La demande autochtone : la protection des terres sacrées par la liberté de religion, faute de mieux

Devant les tribunaux canadiens, les Ktunaxa ont affirmé que la décision de la Colombie-Britannique violait deux dispositions constitutionnelles – l'une spécifique aux peuples autochtones, soit l'article 35 susmentionné, et l'autre consacrée à la protection de la liberté de religion de tous les citoyens canadiens (article 2(a) de la Charte canadienne des droits et libertés ("la Charte canadienne")³⁶).

Par rapport à l'obligation de consultation et d'accommodement les Ktunaxa ont considéré qu'elle n'avait pas été remplie, notamment par rapport à l'absence de considération sérieuse par le Ministre de la révélation de l'Aîné concernant l'impossibilité de construire des infrastructures pérennes sur *Qat'muk*. Quant à la protection de la liberté de religion, les Ktunaxa ont argué que :

" [...L]e développement du [projet] sur *Qat'muk* constituerait une profanation, dont l'effet serait de nuire irrémédiablement à leur relation avec l'Esprit de l'Ours Grizzly. L'Esprit quitterait en effet *Qat'muk* et les Ktunaxa ne recevraient plus de conseils spirituels. Par conséquent, leurs rituels et leurs chants sur l'Esprit de l'Ours Grizzly n'auraient plus de sens"³⁷.

- d. La décision de la Cour Suprême : l'exclusion de l'objet de culte de la protection de la liberté religieuse

Dans un arrêt du 2 novembre 2017³⁸, la Cour Suprême du Canada a rejeté la demande des Ktunaxa.

D'une part, elle a considéré que la Colombie-Britannique avait raisonnablement consulté et accommodé les intérêts des Ktunaxa. Dans ce cadre, selon la Cour, il faut que les autorité(s) étatique(s) et les Peuple(s) Autochtone(s) concernés suivent « un processus équitable et respectueux » de consultation et d'accommodement – et que le processus de signature du Traité progresse par ailleurs. Dans le cadre de la consultation, « [l]es revendications devraient être mentionnées tôt dans le processus et définies aussi clairement que possible », étant entendu que l'objectif de la réconciliation qui sous-tend l'article 35 de la Constitution « implique une réciprocité ».

L'on devine ici le reproche de la « révélation » tardive de Mr. Luke, après 15 ans de négociation, de l'impossibilité pour les Ktunaxa de négocier quoique ce soit.

D'autre part, la Cour suprême a décidé que la protection de la religion offerte par l'article 2(a) ne couvrirait pas les objets de culte, tels que les sites sacrés, mais seulement les croyances et les pratiques religieuses.

³⁶ Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11. Pour un commentaire, v. R. Sharpe et K. Roach, *The Charter of Rights and Freedoms*, Toronto: Irwin Law, 2017 (6ème éd.), p. 140-165.

³⁷ *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2015 BCCA 352, para. 9 (nous soulignons).

³⁸ *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54 (CanLII), [2017] 2 RCS 386.

Selon le juge en chef McLachlin et le juge Rowe, s'exprimant au nom de sept juges :

« Les Ktunaxa [...] sollicitent [...] la protection de la présence de l'Esprit de l'Ours Grizzly lui-même et du sens spirituel subjectif qu'ils en dégagent. Cette allégation inédite étendrait [l'article 2(a)] au-delà de ses limites [...]. L'obligation imposée à l'État par [l'article 2(a)] ne consiste pas à protéger l'objet des croyances ou le point de mire spirituel du culte, comme l'Esprit de l'Ours Grizzly »³⁹.

II. Le cas Ktunaxa: analyse temporelle

Dans la présente section, nous proposons une analyse de la temporalité des demandes autochtones (a) pour montrer que la demande des Ktunaxa n'apparaît pas équitablement jugée par la Cour Suprême (b).

a. La temporalité des demandes autochtones

Aujourd'hui, une demande autochtone formulée auprès de cours et tribunaux occidentaux comme celle des Ktunaxa ne reflète pas uniquement une vision du monde autochtone, distincte de la vision occidentale, mais aussi une certaine expérience de la colonisation. De ce point de vue, il faut considérer qu'une demande autochtone contemporaine venant du Canada (et potentiellement aussi d'autres États colons et postcoloniaux) implique deux dimensions.

D'une part, de nombreuses ontologies autochtones reflètent une vision circulaire du temps, en phase avec l'évolution de nature au cours des saisons, qui traduit l'idée d'un éternel recommencement et relativise l'importance de la séparation entre le passé, le présent et le futur, chère à la temporalité occidentale⁴⁰. Ainsi, le passé n'est pas le passé : il revient à un moment donné⁴¹. De plus, il faut se figurer que le temps dans les ontologies autochtones n'est jamais très long, bien que ces ontologies soient largement fondées sur un savoir ancestral transmis oralement de générations en générations. En effet, l'espace, et non le temps, structure les ontologies autochtones, de telle sorte que « les ancêtres ne sont jamais plus qu'à deux jours de distance [...] dans la mémoire des [Autochtones] »⁴². Ainsi, les notions de perte ou de gain de temps, ou d'être à temps, n'ont pas de place dans les ontologies autochtones⁴³.

D'autre part, les demandes autochtones contemporaines impliquent la « reconstruction »⁴⁴, aussi appelée la « renaissance »⁴⁵, des ontologies autochtones, étant entendu que le savoir autochtone sur lesquelles elles reposent n'a pu être transmis durant plusieurs générations, du moins en grande partie, à cause de la colonisation. La réaffirmation et la redynamisation du savoir autochtone, nécessaires dans ce cadre, sont par ailleurs rendues possibles par le caractère mouvant, pluripersonnel, spirituel et expérimental de ce savoir⁴⁶. Ainsi, les demandes autochtones reflètent une contraction entre le passé, le présent et le futur. C'est comme si le cercle transformant progressivement le passé en futur dans le présent se jouait dans sa totalité

³⁹ 2017 SCC 54, *op. cit.*, résumé introductif.

⁴⁰ V. par ex. R. Olstead and S. Chattopadhyay, "Circles and lines: indigenous ontologies and decolonising climate change education", *Settler Colonial Studies*, 14(1), 2024, p. 41-58.

⁴¹ L. Little Bear, *op. cit.*, p. 523.

⁴² *Ibid.*, p. 524.

⁴³ *Ibid.*, p. 523.

⁴⁴ V. par ex. E. Neeganagwedgin, "Ancestral Knowledges, Spirituality and Indigenous Narratives as Self-Determination", *AlterNative: An International Journal of Indigenous Peoples*, 9(4), 2013, p. 322-334.

⁴⁵ V. par ex. V. Napoleon et H. Friedland, "From Roots to Renaissance", in Markus Dubber (dir.) *Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015.

⁴⁶ Pour plus de détails v. L. Little Bear, *op. cit.*

au moment de la demande autochtone. Car sans la préservation de ce qui subsiste des ontologies autochtones après la colonisation, qui constitue le lien restant entre les Peuples Autochtones et leurs ontologies dans le présent, celui-ci ne peut plus être redynamisé pour ramener le passé dans le futur.

b. Application au cas Ktunaxa : un jugement peu équitable

Etant donné cette temporalité des demandes autochtones, l'on peut mieux comprendre l'évolution de la position des Ktunaxa dans l'affaire étudiée. En effet, le fait que l'Aîné Chris Luke a laissé s'écouler 15 ans de négociations entre les Ktunaxa et les autorités provinciales avant de dire qu'aucune négociation n'était possible apparaît sensé (outre le fait qu'il était en partie justifié par des problèmes de santé). En effet, d'une part, l'écoulement du temps n'est pas primordial d'un point de vue autochtone, et le changement de position au cours des négociations apparaît même normal au vu du caractère constamment mouvant du savoir autochtone. D'autre part, la demande des Ktunaxa ne visait pas seulement à protéger leur liberté de religion, mais à protéger un site sacré, soit une source fondamentale de redynamisation de leurs ontologies. La conservation de *Qat'muk* permet de maintenir le lien des Ktunaxa à la Terre, source de vie et de sens - base des ontologies Ktunaxa. Chris Luke a d'ailleurs parlé de « question de vie ou de mort ». Sans elle, la redynamisation des ontologies est difficile, voire impossible. La demande des Ktunaxa visant la protection de *Qat'muk* ne consistait donc pas seulement à agir sur un présent (qui pourrait résulter d'une situation passée, même lointaine, comme la première phase de la colonisation au Canada): elle visait à permettre le retour d'un passé interrompu par la colonisation, dans le futur. Dans ces conditions, attendre la conclusion d'un Traité pour défendre *Qat'muk*, comme demandé par la Cour Suprême, n'apparaît pas envisageable.

Ces considérations n'ont cependant pas été prises en compte par la Cour Suprême du Canada. Ceci n'apparaît pas étonnant au regard de l'hypothèse décoloniale selon laquelle le droit reflète une vision occidentale du droit, qui l'amène à exclure ou à discriminer certaines autres visions du monde. En effet, la temporalité juridique est fondée sur une vision linéaire, occidentale, du temps. Cette vision implique notamment une conception du temps "comme un mouvement vers des états de réalité toujours meilleurs"⁴⁷. L'écoulement du temps est donc crucial puisqu'il permet à l'humanité de progresser. Dans ce cadre, le temps est long : l'on se souvient d'un lointain passé pour imaginer un lointain futur. L'importance de l'écoulement du temps implique par ailleurs une distinction et même une séparation, entre le passé, le présent et le futur. Ainsi, le présent travaille à un futur qui sera mieux que le (et donc différent du) passé et du présent. Bien que cette vision du temps ne corresponde pas spécialement à la façon dont la société occidentale fonctionne en réalité⁴⁸, elle soutient la légitimité et la pérennité des institutions sociales comme le droit et l'Etat⁴⁹.

III. Elargir le temps juridique pour inclure les demandes autochtones : mémoire vivifiée, héritage futur et vérité judiciaire dévoilée

⁴⁷ L. Monchalin, *op. cit.*, p. 27 (traduction libre).

⁴⁸ V. à ce sujet N. Luhmann, *Soziologische Aufklärung 5. Konstruktivistische Perspektiven*, Opladen: Westdeutscher Verlag 1993, referred in L. Francot, "Sociology of legal temporalities", in J. Priban (dir.), *Research Handbook on the Sociology of law*, Cheltenham: Edward Elgar, 2020. V. aussi C. J. Greenhouse, "Just in Time: Temporality and the Cultural Legitimation of Law", *The Yale Law Journal*, 98(8), 1989, p. 1631-1651, spéc. p. 1634 (traduction libre), où il est montré que le temps linéaire qui « domine la vie publique en Occident [...] est arrivé en Europe avec le christianisme » et qu'il s'est ainsi ajouté aux concepts temporels préexistants, reflétant une temporalité cyclique.

⁴⁹ C. J. Greenhouse, *op. cit.*, spéc. p. 1642. V. aussi F. Ost, *Le temps du droit*, Paris :Odile Jacob, 1999.

Dans ce qui précède, nous avons tenté de montrer les possibles limites de la temporalité juridique occidentale contemporaine pour faire droit aux demandes autochtones qui s'appuient sur une autre temporalité.

La question à laquelle nous voulons à présent répondre est celle de savoir comment le droit occidental pourrait faire davantage de place à la temporalité autochtone, ce qui implique certainement de leur reconnaître une certaine souveraineté, fût-elle différente de celles des Etats⁵⁰ – et de reconnaître ainsi le pouvoir normatif de leurs ontologies. Dans le contexte transnational (qui intéresse particulièrement la plupart des Etats européens car c'est alors qu'ils peuvent être confrontés directement à des demandes autochtones)⁵¹, cela pourrait notamment se matérialiser par la reconnaissance des ontologies autochtones comme du droit étranger dans les litiges commerciaux impliquant un Peuple Autochtone. Mais alors, il faut que les juges soient à même de faire sens de ce droit étranger – de le comprendre *a minima*. A cet égard, la prise en compte de la temporalité juridique autochtone pourrait leur permettre de juger autrement des demandes autochtones, comme celle des Ktunaxa : pour ce qui concerne ce cas spécifiquement, en percevant la rationalité qui justifie la « révélation tardive » de l'Aîné dans le cadre des négociations et peut s'inscrire dans un processus « équitable et respectueux » de consultation et d'accommodation; en acceptant aussi que, dans le cas où le site sacré des Ktunaxa (*Qat'muk*) pourrait être désacralisé par un projet étatique, c'est ce projet qui doit attendre et pas la conclusion d'un Traité reconnaissant potentiellement le droit des Ktunaxa de protéger *Qat'muk*. Car, pour les Ktunaxa, il s'agit d'une question de vie ou de mort.

Plus largement, la prise en compte des demandes autochtones est un rappel de la signification substantielle de la temporalité juridique⁵² : loin d'être neutre et universelle, elle fonde une vérité judiciaire qui prend une certaine vision du monde pour acquise. Et c'est cette vision du monde qu'il faut pluraliser, tout en reconnaissant l'impact de la colonisation sur les visions du monde des peuples colonisés, souvent mises à mal. A cet égard, plusieurs notions substantielles, liées au temps, et décisives pour comprendre certaines questions socio-juridiques cruciales traitées dans ce dossier, le sont aussi pour réfléchir à l'inclusion de la temporalité des demandes autochtones dans le droit. En effet, pour ce qui concerne les dualités mémoire inerte/mémoire vive (a), souvenir/héritage (b) et vérité construction/vérité dévoilement (c), les demandes autochtones requièrent un basculement épistémique à plusieurs endroits. En particulier, pour considérer les demandes autochtones, nous suggérons l'inclusion des notions de mémoire vivifiée, héritage futur et vérité judiciaire dévoilée.

a) De la mémoire inerte à la mémoire vive, avec la mémoire vivifiée

D'abord, la notion de mémoire prend une signification particulière dans les demandes autochtones, dans la mesure où elle constitue en grande partie un futur espéré, davantage investi des manières de vivre autochtones, contemporaines mais fondées sur une ontologie ancestrale destinée à être redynamisées au fil du temps. Dans ce cadre, une opération de transformation progressive de la mémoire inerte en mémoire vive est à l'œuvre. Ainsi, les demandes autochtones impliquent une requête d'acceptation de cette opération par le droit.

⁵⁰ V. not. C. Scott, "Dialogical Sovereignty. Preliminary Metaphorical Musings", in Canadian Council in International Law, *State Sovereignty: The Challenge of a Changing World* (1992), p. 267-293.

⁵¹ V. supra, note n°7.

⁵² V., emblématiquement, M. Valverde, *Chronotopes of Law. Jurisdiction, Scale and Governance*, New York : Routledge, 2015 ; v. aussi, Charles Reveillere, Lus Prauthois, et Jérôme Pélisse, « Droit et temporalités : rythmes, prévisions et rapports de pouvoir. Présentation du dossier », *Droit et Société* 111, 2022, p. 235).

En outre, les demandes autochtones demandent au droit de faire passer un autre aspect, peut-être plus délicat, de la mémoire inerte à la mémoire vive : celui de la colonisation. En effet, les demandes autochtones d'acceptation et de soutien par les Etats de la revitalisation de visions du monde d'origine précoloniale exigent de revoir sans cesse l'histoire coloniale, spécialement comment et dans quelle mesure la colonisation et l'instauration de la figure de l'Etat souverain ont changé l'existence des peuples colonisés, les privant d'une raison d'être⁵³ : plus les ontologies autochtones sont visibles, plus l'on peut se rendre compte de ce qu'a été la colonisation pour les Peuples Autochtones. De ce point de vue, le passé doit se jouer et se rejouer dans le présent, du moins jusqu'à ce qu'une impression de rééquilibrage politique et épistémique voie le jour au niveau global.

b) Du souvenir à l'héritage, avec un héritage futur

Ensuite, il apparaît sans doute évident que la notion d'héritage, entendue dans le sens de tradition, doit primer sur le souvenir pour appréhender les demandes autochtones. Cependant, il faut lui donner un sens particulier, ancré dans le futur, et non seulement dans le passé et dans le présent. Alors que l'héritage autochtone a été empêché pendant tout un temps, il faut accepter que le futur ramène davantage de cet héritage. L'on ne le retrouvera sans doute pas comme tel, mais on l'aura fait revivre sous un autre jour, sans bien connaître son origine.

En outre, les demandes autochtones demandent au droit de basculer lui-même (si besoin est) du souvenir à l'héritage pour ce qui concerne la colonisation. La notion d'héritage est en effet cruciale car elle implique la reconnaissance de la continuité de la colonisation, que l'on appelle la colonialité dans la mesure où elle est structurelle. La colonisation a commencé il y a longtemps, mais elle est actuelle ; elle a peut-être changé de forme⁵⁴, mais elle demeure. A cet égard, dans la théorie décoloniale, l'affirmation de l'imbrication de la colonialité et de la modernité est éclairante. Comme l'explique Anibal Quijano, la modernité que l'Europe considère comme le contexte de son propre être est, en fait, tellement imbriquée dans les structures de domination coloniale européenne sur le reste du monde qu'il est impossible de séparer les deux⁵⁵. L'Europe ne peut exister aujourd'hui sans le passé colonial et ses suites : c'est son héritage.

c) De la vérité construction à la vérité dévoilement, avec une vérité judiciaire dévoilée

Enfin, nous suggérons que l'idée de vérité judiciaire construite avec la collaboration des parties, telle que nous la connaissons, doit pouvoir inclure la révélation comme source de savoir fondant une demande autochtone, en acceptant que la temporalité de la révélation, qui peut apparaître à nos yeux comme démontrant une mauvaise foi de la part du Peuple Autochtone concerné, ne soit pas automatiquement considérée comme telle. Certes, cette acceptation laisse plus de place à la stratégie judiciaire de la part des Peuples Autochtones – stratégie à laquelle ils sont dans tous les cas obligés afin de traduire leurs ontologies dans les catégories du droit qui en sont parfois très éloignées, et via laquelle une partie du sens de ces ontologies est inévitablement perdu⁵⁶. Mais il serait injuste de refuser de prendre au sérieux toute demande autochtone au vu du risque

⁵³ V. J. Lear, *op. cit.*

⁵⁴ V. A. Escobar, "Beyond the Third World: Imperial Globality, Global Coloniality and Anti-Globalisation Social Movements", *Third World Quarterly*, 25(1), 2004, p. 207-230, p. 215.

⁵⁵ A. Quijano, "Coloniality and Modernity/Rationality", *Cultural Studies*, 21(2-3), 2007, p. 168-178.

⁵⁶ A ce sujet, et spécialement au regard du cas Ktunaxa, v. Y. Allard-Tremblay, "Rationalism and the Silencing and Distorting of Indigenous Voices", *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 24(7), 2019, p. 1024-1047.

de manipulation des ontologies autochtones dans des cas sans doute exceptionnels et au demeurant non vérifiables d'un point de vue occidental. Ce serait là exiger une « authenticité culturelle »⁵⁷ de la part des Peuples Autochtones et non des autres citoyens, ce qui apparaît discriminatoire.

Par ailleurs, il nous semble que la notion de vérité-dévoilement, lorsqu'elle est associée aux décisions judiciaires, prend un sens très fort dans l'appréhension des demandes autochtones par le droit. En effet, lorsque précisément il n'y fait pas droit, il contribue potentiellement à la suppression d'une vision du monde qui donne un sens à des vies.

Conclusion

Dans cet article, nous avons tenté de montrer comment l'épistémologie juridique pouvait être discriminante à l'égard des demandes autochtones contemporaines, car elle reflète une vision du monde occidentale. Cette vision du monde inclut une certaine temporalité, ainsi révélée dans sa non-universalité, et plus largement des notions substantielles telles que la mémoire, l'héritage et la vérité judiciaire, qui, comme d'autres notions qui nous semblent plus ou moins familières en tant que juristes européens, doivent pouvoir être envisagée dans un sens différent pour inclure des visions du monde non occidentales.

Suivant les aspirations du dossier dont il fait partie, cet article invite dès lors à pluraliser toujours davantage les significations de la mémoire, de l'héritage et de la vérité (judiciaire ou non, d'ailleurs), non pas seulement selon les contextes mais aussi selon les peuples et individus concernés, afin d'enrichir le droit d'un véritable dialogue – d'une véritable connexion - avec la société actuelle qu'il entend régir.

⁵⁷ J. Clifford, *The Predicament of Culture: Twentieth-Century Ethnography, Literature, and Art*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.